دكتور
رشدى شحاتة ابو زيد
مدرس الشـريعة الإسـلامية
كلية الحقوق - جامعة حلوان

شروط ثبوت حق الحضانة

فى الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية

دراسة مقارنة

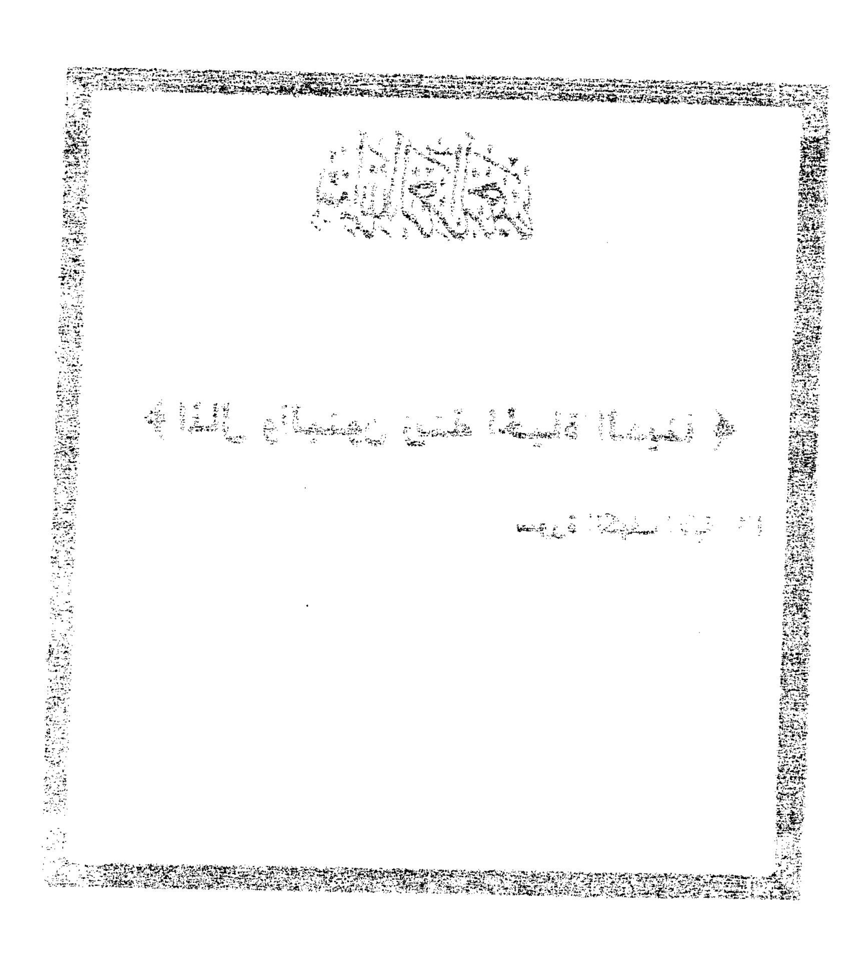
الطبعة الأولى
١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م

الناشر
دار الفكر العربى
٦ أ ش جواد حسنى
القاهرة



﴿المال والبنون زينة الحياة الدينا﴾

سورة الكهف الآية: ٤٦


بسم الله الرحمن الرحيم
﴿ المال والبنون زينة الحياة الدنيا ﴾
سورة الكهف: ٤٦

الإهداء

إلى

من كانت

بطنها لي وعاء

وثديها لي سقاء

وحجرها لي حواء

إلى والدتي الحبيبة

أطال الله في عمرها

التمهيد

الحمد لله رب العالمين الذى هدانا إلى الإسلام وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله.

فانه من يهد الله فهو المهتد ومن يضلل فماله من هاد سبحانه لاهداية إلا بعنايته ولاتوفيق إلا برعايته.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لاشريك له القائل فى محكم كتابه ﴿**ربنا هب لنا من أزواجنا وذرياتنا قرة أعين وأجعلنا للمتقين إماما**﴾(١).

وقال تعالى على لسان سيدنا زكريا عليه السلام ﴿**قال رب هب لى من لدنك ذرية طيبة إنك سميع الدعاء فنادته الملائكة وهو قائم يصلى فى المحراب أن الله يبشرك بحيى مصدقا بكلمة من الله وسيدا وحصورا ونبيا من الصالحين**﴾(٢).

وأشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله. القائل فيما ورد عنه «**كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته**»(٣).

وبعد:

لقد خلق الله الإنسان فى أحسن تقويم قال تعالى: ﴿**لقد خلقنا الإنسان فى أحسن تقويم**﴾(٤).

واسبغ عليه التكريم والتقدير ومنحه الاهتمام البالغ قال تعالى: ﴿**ولقد كرمنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات**

---

(١) سورة الفرقان الآية: ٧٤.

(٢) سورة آل عمران الآيتان: ٣٨ ، ٣٩.

(٣) فتح البارى شرح صحيح البخارى كتاب النكاح - باب المرأة راعية فى بيت زوجها، جـ٩ ص٢٩٩.

(٤) سورة التين الآية: ٤.

ونفضلناهم على كثير مما خلقنا تفضيلا﴾[١].

وسخر له الكون تكريما وتشريفا ثم جعله سبحانه وتعالى خليفة عنه فى الأرض قال تعالى: **﴿وإذ قال ربك للملائكة إنى جاعل فى الأرض خليفة قالوا أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك قال إنى أعلم مالاتعلمون﴾[٢].**

ولذلك أوصت كل الشرائع على آدميته وكرامته وفى حقه أن يحيا حياة كريمة لاذل فيها ولامهانة[٣].

ولقد كانت رعاية الله لهذا الخليفة دائمة ومستمرة منذ لحظة ميلاده إلى لحظة انتقاله إلى الرفيق الأعلى.

فقد حفظ له سبحانه وتعالى كل حقوقه فى كل مراحل حياته وحث المجتمع البشرى حكاما ومحكومين على رعاية هذه الحقوق وجعلها جزأ من حقوق الله سبحانه وتعالى.

ومنذ فترة وانا اتابع جرائم الاحداث فى مصرنا الحبيبتوبعض البلدان العربية والأجنبية وبجانب الكثير الذى قرأته فى الصحف والمجلات وقع بين يدى بحث عن انحراف الأحداث والأسباب التى تؤدى إلى دخول الاطفال إلى عالم الجريمة[٤].

---

(١) سورة الإسراء الآية: ٢٠.

(٢) سورة البقرة الآية: ٣٠.

(٣) ولذلك فقد احترم التشريع الإسلامى فى الانسان عقله ودعاه إلى التفكير فى جمال الكون ليصل منه إلى جلال الصانع ونعى على الظن والتقليد للضلال ولو كان من الأباء والاجداد . حتى اذا خالطت بشاشة الايمان أوتار القلوب تحركت الالسنة بذكر الله والجوارح برسوم العبادات لتجد فيها وسيلة تقرب المخلوق من الخالق ، انظر تاريخ الفقه الإسلامى فى عهد النبوة والصحابة والتابعين لاستاذنا الدكتور/ محمد انيس عبادة الطبعة الثانية ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م، الجزء الأول، ص ١٨.

(٤) بحوث بعنوان دور الأجهزة الشعبية والتنفيذية والسياسية فى مكافحة جرائم الإرهاب والتطرف الدينى، وزارة الداخلية، معهد تدريب ضباط الشرطة، الدورة «٦٨» ص ٢٠٠.

ووجدت فية ما هالنى ...

وهو أن من يتتبع الحوادث التى اشترك فيها بعض الأحداث ومنها على سبيل المثال احداث ١٧ ، ١٨ يناير سنة ١٩٧٧ ثم احداث الفتنة الطائفية ١٩٨١ ثم احداث محلات الفيديو سنة ١٩٨٦ ، واحداث شغب عين شمس سنة ١٩٨٨ واحداث ديروط سنة ١٩٩٢ وحادث الأتوبيس السياحى بطريق اسيوط.

يجد أن جرائم الأحداث تنحصر فى ...

١- حوادث العنف التى تصل إلى استخدام السلاح.

٢- احداث تلفيات بالمتلكات العامة.

٣- احداث تلفيات بالسيارات العامة أو الخاصة.

٤- الاشتراك فى حرق بعض المحلات.

٥- القيام بالمراقبة عند تنفيذ الجريمة كما فى احداث ديروط.

٦- القيام بالاشتراك فى المظاهرات والتجمهر.

والجدول الآتى يوضح نوعية الجرائم وعدد الأحداث المضبوطين

م	التاريخ	نوع الجريمة	عدد الاحداث المضبوطين
١	١٧ يناير ١٩٧٧	احداث الشغب ، التجمهر واحداث تلفيات بالمتلكات العامة والتعدى على موظفين عموميين.	١٢٠
٢	٥ سبتمبر ١٩٨١	احداث الفتنة الطائفية.	٩٣
٣	عام ١٩٨٦	حرق محلات الفيديو.	٧
٤	عام ١٩٨٨	احداث شغب عين شمس.	١٧٢
٥	عام ١٩٩٢	احداث ديروط.	٢٥
٦	اكتوبر ١٩٩٢	الاتوبيس السياحى بطريق الصعيد.	٢

وأظهر البحث أن الأسباب التى تؤدى إلى انحراف الأحداث هى:

١- تقصير الأسرة فى تربية الحدث.

٢- قصور الوعى الدينى لدى الحدث.

٣- استقطاب افراد الجماعات المتطرفة للحدث.

٥- تأثر الحدث بالبيئة التى نشأ بها.

وأنا أعتبر أن السبب الرئيسى فى انحراف الأحداث هو الأسرة ، التى لاتقوم برعاية الطفل ومتابعته ولاتعلمه أمور دينه التى تنهى عن الانحراف ، وكذلك تقصير الاسرة فى عدم معرفة اصدقائه لأن الأسرة كنظام اجتماعى للأبوين فيها وظائف مختلفة ومتعددة . اذا نجحا فى القيام بها بالصورة السليمة فانها ستؤثر بدرجة كبيرة على أداء النظم الأخرى للمجتمع.

واذا فشل الأبوين فى اداء الوظائف المنوطة بهما فسيكون لهذا الفشل فى الآداء الوظيفى للأسرة تأثير بالغ الخطورة على المجتمع مما يعطل نموه وتطوره.

لأن الأسرة تشكل اللبنة الأولى لأساس بناء المجتمع واذا نُظم هذا الأساس وبنى على أسس وقواعد سليمة ومبادئ وقيم دينية رفيعة ظل هذا البناء شامخا متماسكا لاتؤثر فيه عوامل التعرية. يحمى كل من يأوى بداخله من كل تيارات الفكر المتطرفة والمتصارعة والسلوك الشاذ والمنحرف عن الطريق السوى.

ولاشك أن تقصير الأسرة فى رعاية الحدث هو نتيجة مباشرة للطلاق حيث يهمل الأب أولاده ويذهب إلى زوجة أخرى وتهمل الأم أولادها وتذهب إلى زوج آخر وبالتالى يذهب الصغار إلى الشارع والانحراف.

فالضياع والجوع والحرمان هو مصير الأولاد عند انفصال الأبوين بالطلاق

وكما قالت السيدة خولة بنت ثعلبة وهى تشكو زوجها لسيدنا محمد - ﷺ-: « إن ضممتهم إلى جاعوا وإن ضممتهم إليه ضاعوا »[١]. فالأولاد الذين انفصل ابوهم عن امهم بالطلاق ممزقون بين بيت زوجة الأب وبيت زوج الأم واذا عاشوا مع الأم فقدوا حماية ورعاية الأب واذا عاشوا مع الأب افتقدوا حنان الأم.

ولكل هذا فان الحق تبارك وتعالى أمرنا أن نحافظ على أولادنا حتى أن شريعتنا الغراء جعلت الطلاق ابغض الحلال إلى الله.

وجعل رعاية الأولاد فرض قبل الطلاق وبعد الطلاق قال - ﷺ-: «كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته».

والشريعة الإسلامية التى تدعو إلى الانضباط والاستقامة رسمت لنا طريق السعادة وبينت لنا أن الانسان خليفة الله فى الأرض عن رب العالمين الذى أمر الوالدين برعاية اطفالهم[٢].

---

(١) انظرتفسير روح المعانى للألوسى، جـ٢٨ ص ٣، طبعة مصورة دار الفكر، ١٩٨٣.

(٢) ولقد شهدت بذلك آيات القرآن الكريم أساس التشريع الذى نسير عليه فى دنيانا لأن هذا التشريع ضرورة من ضرورات الحياة ، وهذه الضرورة هى التى وجهت الإنسان منذ القدم إلى التفكير فى إرساء قواعد يسير عليها فامتلأ التاريخ بتشريعات كثيرة لأمم مختلفة ، منها ما انقرض وذهب ومنها مادون واشتهر.
وهذا التشريع الإسلامى الدقيق جاءنا من عند خالق الكون ومدبره ، العالم بما يصلحه ويسيره السيرة المثلى ، على يد رسوله محمد - ﷺ- قائد الهدى ورائد البشرية إلى مافيه السعادة فى الدارين.
الذى كان قرآنا يمشى على الأرض بين الناس حيث حفلت سنته بأحاديث الرعاية والعناية بالإنسان.
ثم ظهرت فى تاريخ الحضارة الإسلامية نماذج رائعة من المؤسسات والأوقاف الساهرة على الرعاية الاجتماعية بمختلف ابعادها وتفاعل ذلك الواقع مع فكر الأمة وفقهها فانتج لنا تراثا ثريا.
حيث نظم جميع العلاقات: علاقة الانسان بربه «العبادات» وعلاقة الانسان بنفسه واهله، وعلاقة الانسان بالانسان فردا كان أو جماعة ، صغرى أو كبرى ، علاقة مادية أو اجتماعية ، كما نظم علاقة المواطن بالدولة ، والدولة بالمواطنين فى جميع أنواع العلاقات ، كما نظم (=)

ورعـاية رب العـالمين شـملت هذا الخليـفـة منذ أن كـان جنينا فى بطن أمه[١]، ثم طفلا صغيرا[٢].

(=) علاقة الدول بعضها ببعض فى السلم والحرب وعلاقة الدولة برعايا الدول الأخرى فى الحالتين أيضـا. كما نظم علاقـة الإنسان بالكائنات الأخرى التى تعيش مع الانسـان أو التى يعيش معها وعليها من حيوان ونبات وجماد ، ما فى السمـاء وما فى الأرض وما بينهما «يراجع المدخل للفقه الإسلامى لاستاذنا الدكتور/ حسن على الشاذلى دار الاتحاد العربى للطباعة، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م، ص ١٣».

كما أوصت بعد ذلك كل الدساتير والقوانين التي تأخذ بها المجتمعات.

على العمل نحو رعاية هذا الإنسان رعاية اجتماعية ونفسية وصحية يشعر فيها بالراحة والأمان والاطمئنان مما يؤدى إلى التكامل النفسى والاجتماعى فى حياته داخل اسرته وفى مجتمعه الذى ينتمى إليه.

ولما كان التشريع الإسلامى قد تكفل بتحقيق السعادة للانسان فهو معه فى سره وجهره لدنياه وآخرته يربطه بربه وبنفسه وبغيره. مع الوالد والولد والأم والزوجة ، مع المجتمعات والأفراد لم يترك صلة الا أحكمها ولا اسرة إلا نظمها ولامجتمعا إلا أقامه على نمط صالح «تاريخ الفقه الإسلامى فى عهد النبوة والصحابة والتابعين لاستاذنا الدكتور/ محمد انيس عبادة ، الطبعة الأولى ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م، الجزء الأول، ص ١٨».

لأن الفقه الإسلامى بمضمونه الشامل يتناول حياة المسلم كلها دينية أو دنيوية فان الاسلام ليس طقوسا دينية فقط لكنه دين ودنيا ، وقد اشار القرآن إلى ذلك بمثل قوله تعالى: ﴿وابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة ولاتنس نصيبك من الدنيا﴾ «سورة القصص الآية: ٧٧».

وهو يعالج باحكامه شئون الحياة الإنسانية ، والدينية والسياسية والاجتماعية والقانونية بأوسع مدى فقد البس الدين شئون الحياة كلها ثوب التشريع فكان هذا المجموع الضخم فقها ودينا مصدره السماء، وبذلك كان مقدسا حيث اعتبرت أوامره وقواعده تعبدا وطاعة وامتثالا.

(١) حيث ذكرت كتب الفقه الإسلامى أحكام الاجهاض والجناية على الحامل ، وبينت كتب الميراث والوصية التزام الورثة بحفظ نصيبه فى الميراث وصحة الوصية والوقف له. وحفاظا على حياته رخص سبحانه وتعالى للمرأة الحامل فى الفطر فى رمضان.

(٢) حيث يجب على الوالدين عند مولده اختيار أحسن الأسماء له والانفاق عليه وحضانته وتربيته وتعليمه ورعاية جميع شئونه والقيام بمصالحه كلها.

ولقد اقرت الشريعة الإسلامية مجموعة من الحقوق للأبناء على أبويهم ايمانا منها وانطلاقا من أن مايقدمه الآباء للابناء والعمل على احساسهم بالحب والعطف والحنان ورعايتهم والاهتمام بهم يجعل الابن يشب على حب الأب والأم وأن يحاول الأبن أن يكون بارا بوالديه كما بره والديه وتكون المحصلة النهائية هو الحفاظ على الوظيفة الرئيسية للاسرة واداؤها الاجتماعى المرتبط بتنشئة وتربية الابناء. (=)

ثم صبيا يافعا[١] ثم عندما صار شابا قويا[٢].

ولقد رعاه رب العالمين فى كل حالاته سواء كان مريضا[٣] أم معافى سويا أم معاقا[٤] غنيا أم معسرا[٥] فردا أم جماعة[٦] مطيعا أم

(=) قال تعالى: ﴿والله جعل لكم من انفسكم ازواجا وجعل لكم من ازواجكم بنين وحفدة ورزقكم من الطيبات افبالباطل تؤمنون وبنعمة الله هم يكفرون﴾ «سورة النحل الآية: ٧٢».

(١) حيث بينت أحكام الفقه الإسلامى ان كل انسان مخاطب بالاحكام الشرعية ومطالب بها إما وجوبا ، وإما وجوبا ، واداء حسب اهليته فاذا وجدت لديه هاتان الأهليتان ، الوجوب والأداء ثبتت له كل الحقوق ووجبت عليه كل الالتزامات.

(٢) حيث يتمتع بالأهلية الكاملة نتيجة لبلوغه عاقلا رشيدا ومصلحا لدينه وماله وهنا تكون تصرفاته صحيحة وترفع الولاية عنه وتسلم إليه أمواله باتفاق الفقهاء عملا بالآية الكريمة: ﴿وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم﴾ «سورة النساء الآية: ٦».
وتصبح ارادته وعبارته صحيحة وكاملة ويستطيع ان يتولى جميع اموره بنفسه ومنها الزواج وغيره.

(٣) حيث رفع عنه الحرج ، قال تعالى: ﴿ليس على الأعمى حرج ولاعلى الاعرج حرج ولا على المريض حرج﴾ «سورة الفتح الآية:١٧» .
وأباح له التيمم والجمع بين الصلاتين. وجعل لتصرفاته احكاما خاصة تحفظ له حقوقه.
أما المعافى فيخضع للقواعد العامة فى الفقه الإسلامى وعموما فالحق سبحانه وتعالى قال لنا فى محكم كتابه: ﴿لايكلف الله نفسا إلا وسعها﴾ «سورة البقرة الآية: ١٨٦».

(٤) حيث توجد أحكام خاصة لعوارض أهلية الإنسان فتؤثر فيها بالازالة الكاملة كالجنون أو نقصانها كالعته.
أو تؤثر فيها بتغيير بعض الأحكام بالنسبة لمن عرضت له من غير تأثير فى أهليته كالسفه والغفلة.
وقد قسم الحنفية هذه العوارض ، إلى عوارض سماوية ، وهى التى لاكسب للانسان فيها ولااختيار.
وعوارض مكتسبة وهى التى يكون للانسان فيها كسب واختيار «شرح التلويح على التوضيح حـ٢ ص ١٦٧».

(٥) حيث اوجب له الزكاة فى أموال الاغنياء والنفقة على قريبه الغنى وفق ترتيب خاص وأمر دائنه بانظاره إلى حين ميسرة.
قال تعالى: ﴿وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ «سورة البقرة الآية: ٢٨٠».

(٦) لقد كانت سنة الله سبحانه فى عباده أن الفرد لايستطيع الحياة وحده بل لاتطيب حياته (=)

عاصيا[١].

حـــــرا طليـــــقـا أم ســـجينا أســـــيرا[٢] رجـــــلا كـــــــان أم

(=) الا فى رحاب الجماعة حيث يتم تبادل الأعيان والمنافع بالمعاملات فبين الفقه الإسلامى كيفيتها وشروطها حتى يستحل كل منهما مال غيره ، وقرر رب العالمين تعاونهما بالصدقة والقرض والتداين والاستيثاق وتضامنهم بالمشاركة فى الزرع والضرع وتقارضهم الحسنات بالهبة والتبرعات وارشدهم إلى تحري الامانة والصدق ونهاهم عن الغش والخداع.

وكل هذا التنظيم العظيم ورد فى الفقه الإسلامى فى صورة أحكام عامة تتناول كل شئ فى هذا الوجود وبعضها الآخر خاصة تضع لكل علاقة ماينظمها ويضبطها فى كل زمان ومكان استنباطا من كتاب الله الكريم وسنة نبيه الأمين.

(١) لقد تميزت أمة الإسلام على سائر الأمم ونالت درجة الخيرية بشهادة رب البرية لقيام افرادها بتنفيذ الأوامر واجتناب النواهى وبالمحافظة على طاعة الله تظل لها المكانة العالية والمنزلة السامية فى الدنيا والجنة ونعيمها فى الآخرة قال تعالى: ﴿من عمل صالحا من ذكر أو انثى وهو مؤمن فلنحيينه حياة طيبة ولنجزينهم أجرهم بأحسن ماكانوا يعملون﴾ «سورة النحل الآية: ٩٧».

واذا خالف احد افراد هذه الأمة الذين آمنوا بالله تعاليم دينهم فان غضب ربهم عليهم ووصفهم بالفسق هو جزاءهم قال تعالى: ﴿ومايضل به إلا الفاسقين الذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه﴾ «سورة البقرة الآية ٢٦ ، ٢٧».

ورغم ذلك فان رحمته واسعة تشمل جميع المخلوقات ومعها الانسان الذى فتح له باب التوبة المقرونة باصلاح ما افسدته الذنوب. قال سبحانة وتعالى: ﴿وإنى لغفار لمن تاب وآمن وعمل صالحا ثم اهتدى﴾ «سورة طه الآية: ٨٢».

وقال تعالى: ﴿الا من ظلم ثم بدل حسنا بعد سوء فانى غفور رحيم﴾ «سورة النمل الآية: ١١».

وقال تعالى: ﴿ثم إن ربك للذين عملوا السوء بجهالة ثم تابوا من بعد ذلك واصلحوا ان ربك من بعدها لغفور رحيم﴾ «سورة النحل الآية: ١١٩».

وقال تعالى: ﴿فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم﴾ «سورة المائدة الآية: ٣٩».

وعموما فقد قال الله تعالى: ﴿ومن يطع الله ورسوله يدخله جنات تجرى من تحتها الأنهار ومن يتول يعذبه عذابا أليما﴾ «سورة الفتح الآية: ١٧».

(٢) من تنظيم رب العالمين لسعادة الانسان أنه شرع لنا اذا مالت النفوس إلى التنازع فالقضاء العادل شرع الله فيهم بعد استيفاء طرق الإثبات بالشهادة والإقرار والقرائن.

وجعل سبحانه العقوبة جزاء للردع عن ارتكاب مانهى عنه وترك ما أمر به ، فهى جزاء مادى مفروض سلفا يجعل المكلف يحجم عن ارتكاب الجريمة ، فاذا ارتكبها زجر بالعقوبة حتى لايعاود الجريمة مرة أخرى كما يكون عبرة لغيره «الردع الخاص والردع العام». (=)

امـــرأة(١) مسافرا كان أم مقيما(٢) وفى كهولته كانت قمة الرعاية(٣).

(=) فالعقوبات موانع قبل الفعل زواجر بعده ، أي أن العلم بشرعيتها يمنع الإقدام على الفعل وإيقاعها بعده يمنع من العودة إليه.
والعقوبة تثبت بحكم من الشارع إما بالنص عليها كالحدود والقصاص والدية والكفارة ، أو تفويضية ترك تقديرها للامام كالتعازير.
والعقوبات التعزيرية متنوعة فى الفقه الإسلامى ، منها العقوبات التى تصيب البدن ، وأهمها القتل والجلد ، ومنها العقوبات المقيدة للحرية واهمها الحبس والنفى ، ومنها العقوبات المالية وغير ذلك.
ولقد أوجب الفقه الإسلامى حسن معاملة السجين طبقا للقواعد الخاصة بتنفيذ العقوبة.
«انظر على سبيل المثال كشاف القناع على متن الاقناع لشيخ الإسلام منصور بن ادريس الحنبلى المتوفى سنة ١٠٥١هـ ، الطبعة الأولى بالمطبعة الشرفية سنة ١٣٢٠هـ ، جـ٤ ص ٤٧ ، الأحكام السلطانية لقاضى القضاة ابى الحسين على بن محمد بن حبيب البصرى البغدادى الماوردى ، المتوفى سنة ٤٥٠هـ ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى، ص ٢٢١، ٢٢٢».

(١) النساء فى الإسلام شقائق الرجال ، فالمرأة صنو الرجل ، فهى مثله انسان مكلف تتعلق بها جملة ماتعلق به من تكاليف شرعية. كما أن المصالح التى اعتبرها الشارع ضرورية وأوجب على الإنسان المحافظة عليها كحفظ الدين والنفس والعقل والنسب والمال معتبرة بالنسبة لكل فرد فى المجتمع الانسانى لافرق فيها بين ذكر أو انثى.
قال تعالى: ﴿من عمل صالحا من ذكر أو انثى وهو مؤمن فلنحيينه حياة طيبة ولنجزينهم اجرهم بأحسن ما كانوا يعملون﴾ «سورة النحل الآية: ٩٧».
وقد ورد ذكر المرأة فى القرآن الكريم أحيانا بمفردها ، وأحيانا أخرى مقترنة بالرجل: مثال ذلك آدم وحواء ، الذكر والانثى ، الزوج والزوجة كما ورد ذكر المرأة كأم وكأخت.
واذا كانت احكام الفقه الإسلامى قد تضمنت أحكاما تتعلق بالعبادات والمعاملات ، فان مثل هذه الأحكام تطبق على جميع العباد أيا كان نوعهم أو جنسهم ، فيستوى أن يكون رجلا أم امرأة. غير أننا يمكن أن نجد أحكاما خاصة «بالمرأة» سواء فى مجال العبادات أم المعاملات كما يمكن أن تتبين فى كتابات فقهاء المسلمين أحكاما خاصة بالمرأة فى مجال التشريع الجنائى الإسلامى «براجع ، أحكام المرأة فى التشريع الجنائى الاسلامى ، الاستاذ الدكتور/ حسنى الجندى ، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ - ١٩٩٣م ، الناشر دار النهضة العربية، ص ٧».

(٢) حيث رخص سبحانه للمسافر بالفطر فى رمضان والجمع بين الصلاتين وقصر الصلاة والمسح على الخفين مدة اطول من المقيم.

(٣) لما كان الاسلام هو دين المحبة ، والألفة والمودة ... وكانت رسالته جمع الناس على طريقة سواء ، ليبنوا الحياة ، ويعمروا الدنيا امر المولى سبحانه وتعالى ، الناس بأن يعبدوا الله وحده ، لايشركون به شيئا ... ثم ثنى ببر الوالدين. قال تعالى: ﴿وقضى ربك ألا تعبد إلا أياه وبالوالدين إحسانا﴾ «سورة الاسراء الآية ٢٣». (=)

ومن نعم الله سبحانه فينا ...

أن خلق لنا من انفسنا أزواجا لنسكن إليها فى مودة متبادلة ورحمة موهوبة ومن أجل هذا جعل لهذه المتعة بابا هو العقد المشروع وأعطى لكل من الزوجين حقا و الزمه واجبا بحدود تسعد الأسرة.

ثم اراد الله سبحانه وتعالى لكل فرد أن ينتمى إلى اسرة ليكون ابواه مسئولان عنه مسئولية تامة منذ أن يكون جنينا فى بطن امه وحتى يستطيع أن يتحمل مسئولية نفسه بنفسه ليشبعا ابواه كل حاجاته الاجتماعية والنفسية ويكونا مسئولان عن نضجه ونموه الجسمى والعقلى والنفسى والاجتماعى.

ولا شك أن الاسرة من أهم واخطر مؤسسات التنشئة الاجتماعية فى حياة الافراد.

فالطفل يكتسب معالم شخصيته وخبراته الأساسية فى احضان الأسرة وذلك حين يتعلم أول درس له فى الحب والكراهية وتنبع اهمية الاسرة من اهمية مرحلة الطفولة حيث يؤكد الخبراء أن المرحلة الأولى من الطفولة وبخاصة فى السنوات الخمس الأولى هى المرحلة الاكثر اهمية على مستوى نمو الطفل الفيزيولجى والانفعالى والاجتماعى والمعرفى.

ولاشك أن غياب أحد الأبوين يحدث شرخا فى جدران التماسك العائلى[١] مما يفقد الطفل شعوره بالطمأنينة والاستقرار وبخاصة عند الخصام

(=) والبر بالوالدين حق لهما ، أوجبه الشرع وقد ذكرت كتب الفقه الإسلامى احكاما خاصة بكبار السن رجالا كانوا ام نساءا فى العبادات أو المعاملات وبقدار ماقرر الشارع الحكيم للابناء من الرعاية على الوالدين بالغ فى وصية الابناء للبر بالوالدين وكرر التوصية بهما وجعل رضاهما من رضاه ، وجعل الجنة تحت اقدام الأمهات.

(١) هذا ما اكده العالمان الأمريكيان «شيلدون والبانورجلوك» من خلال دراساتهما الميدانية للبيت المتصدع «الأسرة المفككة».

انظر مجلة الوعى الإسلامى الكويتية العدد ٣٨٨ ذو الحجة ١٤١٨هـ - ابريل ١٩٩٨م، ص ٦٠ ، تحت عنوان دور المؤسسات فى التنشئة الاجتماعية. بقلم عبد الحميد غزى بن حسن.

المتكرر الذى يعيشه الابوان ناهيك أن غياب الأم عن المنزل لسنوات عدة نتيجة الطلاق أو الوفاه يقود الطفل إلى الانحراف[٢].

ويؤكد العالم «أندريه» أن الحرمان الأبوى يقود إلى نتائج الحرمان الاموى نفسه فمثلا السرقة تعبير عن الحنين للعطف الأموى.

وقد أثبتت الدرسات أن ٥٥٪ من الاحداث الجانحين ينتمون إلى أسر مفككة.

ماذا يعنى كل ذلك ...

يعنى أن لكل من الأم والأب دور مهم فى حياة الطفل كما ان طبيعة العلاقة بين الأم والأب لها دور مهم فى تطبيع الطفل وتنشئته.

فدور الأم أنثوى مرتبط بالحب والعطاء بلا حدود وبلا مقابل وهذا مايتعلمه الطفل ويتوقعه ، فاذا ماحدث نوع من الخلط فى هذا الدور ، كأن تحاول الأم القيام بدور الرجل فان الطفل يفقد الثقة فى الأم وفى الحياة كلها .

هذا القصور يضئ لنا الضوء الأحمر ، أو يطلق لنا إنذارا لكل من الام والاب بدعوة جادة إلى تمسك كل منهما بدوره حتى يتمكنا من تنشئة أطفالهما التنشئة السوية[٢].

ومن هنا فان الاسلام يحرص دائما على تجنب الزوجين ويلات الشقاق وأسباب الخلاف وعلاج مايحدث فى حياتهما من مشاكل فى ضوء التبصر والحكمة والصبر والتسامح.

فيجب على الزوج أن يستشعر حين تثور بينه وبين زوجه رياح الكراهية

---

(١) من نتائج الدراسات التى قام بها «بولبى» وهو طبيب نفسى بريطانى والمسئول عن وحدة توجيه الاطفال فى لندن ، انظر المصدر السابق.

(٢) دور الأسرة فى تربية الابناء د. على سليمان، كتيب صغير ضمن سلسلة سفير التربوية «١١» ص ٣٠.

أو الجفاء أن لزوجته مزايا إلى جانب مالها من عيوب وأن السيئة التى اجترحتها الآن لايليق مرؤة أن تمحى ما سلف لها من حسنات.

فمجرد الكراهية الطارئة لاتكفى فى الإقدام على المفارقة قال تعالى: ﴿فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئا ويجعل الله فيه خيرا كثيرا﴾[١].

ويقول رسولنا محمد - ﷺ -: «لايفرك مؤمن مؤمنة إن كره منها خلقا رضى منها آخر»[٢].

وللحفاظ على ترابط الأسرة فان الاسلام بمجرد ظهور النزاع بين الزوجين يوجه إلى الاصلاح قال تعالى: ﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلاجناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير﴾[٣].

فاذا لم ينجح الصلح بين الزوجين وعجزا عن الاصلاح فللزوج أن يستخدم حق التأديب الذى اعطاه له الإسلام.

فاذا لم يفد التأديب انتقل الاصلاح إلى الأهل على مستوى الجماعة قال تعالى: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ان الله كان عليما حكيما﴾[٤].

وكل هذه الخطوات يجب اتخاذها للبقاء على الحياة الزوجية لأن الزواج عماد الأسرة والأسرة دعامة المجتمع واللبنة الاساسية فى بنائه فكلما كانت الأسرة قوية قائمة على الأسس الرشيدة والدعائم الصالحة كان صرح المجتمع

---

(١) سورة النساء الآية: ١٩.

(٢) السنن الكبرى، للإمام الحافظ ابى بكر احمد بن الحسين ابن على البيهقى، توفى ٤٥٨هـ. جـ٧ ص ٢٩٥، طبعة دارالمعرفة – بيروت.

(٣) سورة النساء الآية: ١٢٨.

(٤) سورة النساء الآية: ٣٥.

بدوره قويا حصينا وكل هذا يعود على الاطفال بالسعادة وعلى الأسرة بالسرور والنجاح والتقدم.

فاذا لم ينفع التأديب ولم يؤد الاصلاح إلى نتيجة واستحكم النزاع واتسعت شقة الخلاف.

فقد يكون بين الزوجين نفور طبيعي بسبب تباين الأخلاق وتنافر الطباع وقد يصاب أحدهما بمرض لاتستطاع معه المعاشرة وقد يطلع أحدهما من الآخر على مالايحب ويرضى من سلوك شخصي أو عيب خلقي.

وقد يظهر أن الزواج لم يحقق مايرجوان من نسل وبذلك ينهار أهم مقصد من مقاصد الزواج إلى غير ذلك من الأسباب التي لاتتوافر معها المحبة كما يجب أن يكون وفي هذه الحال ...

ليس من المصلحة في شئ بقاء تلك الزوجية المضطربة ويتعين فصم عراها ليستأنف كل منهما حياة زوجية أخرى تؤتي ثمارها: ﴿ **وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته وكان الله واسعا حكيما** ﴾[١].

فكان الطلاق علاجا لما استعصى من امراض الزوجية فهو لم يشرع الا للعلاج لذا كان وضعه في غير موضعه بغيضا إلى الله يشير إلى ذلك حديث رسول الله - ﷺ- «**ابغض الحلال عند الله الطلاق**»[٢].

فالطلاق ضرورة لحل مشاكل الاسرة عند استحكام الخلاف بين افرادها الأمر الذي دعا بعض المفكرين الأوربيين إلى أن ينادي باباحة الطلاق لأن الضرورة تقتضيه وهذا حق لاشك فيه ومن هؤلاء المفكر الانجليزي «بنتام»[٣].

---

(١) سورة النساء الآية: ١٣٠.

(٢) اخرجه ابن ماجة في كتاب الطلاق، حديث رقم ٢٠١٨، جـ١ ص ٦٥٠ طبعة عيسى الحلبي، وانظر حقوق الأسرة في الفقه الإسلامي أ. يوسف قاسم، طبع دار النهضة العربية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢، ص ٢٨٢ وما بعدها.

(٣) اصول الشرائع جـ١ ص ١٦٦ - ترجمة فتحي باشا زغلول. اشار اليه استاذنا الدكتور/ يوسف قاسم، حقوق الاسرة، هامش ص ٢٨٥.

وقد يعترض البعض على ذلك بمصلحة الأولاد. وهو اعتبار كبير لاشك فيه. دعا اليه الاسلام ورغب فيه والقى على عاتق الوالدين عبء التربية الحسنة والتنشئة الكريمة ولكن اذا استحالت التربية الحسنة وصارت التنشئة كريهة بالنزاع والشقاق فخير للاولاد الا ينشأوا فى هذا الجو المكفهر الذى ملأ نفوسهم بغضا وكراهة وحقدا وبعدا عن حدود الله عز وجل وكما هو خير للاولاد فهو كذلك خير للزوجين والمجتمع.

ولذلك آثر الإسلام ارتكاب اخف الضررين وأهون الشرين وهو «ضرر الطلاق» حيث انه اخف من الضرر الاكبر الذى يصيب الاسرة والمجتمع اذا ابقينا على الزوجية المضطربة والحياة الشاذة التى يحياها الزوجان المتباغضان.

وفى ذات الوقت اتخذ الضمانات التى تكفل المحافظة على الاولاد وتربيتهم تربية تناسب مقدرة الوالد فأثبت للأم حضانة الاولاد الصغار ولقريباتها من بعدها وأوجب على الأب القيام بنفقة الأولاد واجور حضانتهم ورضاعتهم حتى ولو كانت الأم هى التى تقوم بذلك[١].

أسباب اختيار هذا الموضوع:

اردت فى بحثى هذا اظهار مايلى:

١- صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان:

فلقد كان من تمام نعمة الله على الناس ومن مظاهر حكمة الله فى خلقه بعد أن تخطى العقل البشرى دور الطفولة وتهيأ الفكر للتدرج فى مراقى الحياة الأدبية أن يكون الإسلام هو الدين الذى يتعبد الله به بنى الانسان والشريعة التى يختتم بها شرائعه الأولى.

فلا غرو أن كان تشريعا محكم الأساس، وطيد البنيان، كامل النظام

---

(١) النظام القانونى للأسرة فى التشريع الإسلامى، أ.د. محمد على محجوب، مطابع الأوفست بشركة الاعلانات الشرقية، ص ١٨٥.

رائع المظهر ، سامي الأغراض وافيا بحاجة الافراد والجماعات عادلا من غير افراط وسهلا بلا تفريط ، ابديا. صالحاً لكل زمان ومكان محببا إلى النفوس كاشفا للناس عن نواحى الخير وداعيا إلى سعادة الدارين[١].

وقد امتازت شريعتنا الغراء بالشمول والوفاء بحاجات الناس وصلاح امرهم ومستحدث شئون حياتهم.

فهى تناسب رقى العقل البشرى وبلوغه اقصى درجات الكمال لأنها قد جاءت بكل صالح مما سبق وتضمنت اصول الاديان قبلها واشتملت على جديد لم تتهيأ له الأمم قبلها.

فالاسلام دين عام شامل يتناول شئون الحياة جميعا ونظام كامل ينظم أمور الدين والدنيا معا قام بنشره والدعوة إليه الهداه من سلفنا الصالح فنجحوا فى تزكية النفوس وتطهيرها بقدر ما اصلحوا من دنيا الناس وبلغوا فى ذلك شأنا لم ينله أحد من المصلحين أو كبار الفلاسفة المربين.

٢- أهمية مرحلة الطفولة في حياة الانسان:

عرفنا من المقدمة ان الاسلام اهتم بالانسان فى جميع مراحل حياته ومن هذه المراحل مرحلة الطفولة.

ولقد اهتمت تعاليم الاسلام بهذه المرحلة اهتماما كبيرا لأن فى هذه المرحلة تنمو القدرات وتتفتح المواهب ، حيث قابلية الطفل المرتفعة لكل أنواع التوجيه والتشكيل.

وفى هذه المرحلة ايضا توضع اللبنات الأولى لشخصيته وبالتالى فإنها تحتل مكانة خاصة ، ذلك ان كل مايكتسبه الطفل من قيم واتجاهات ومعارف هى التى تشكل ماسيكون عليه مستقبل هذا الطفل النامى ...

(١) مذكرة تاريخ التشريع الاسلامى لفضيلة الاستاذ/ الشيخ السايس وزملائه ص ٢١.

الذى يحتاج إلى تربية اسلامية تؤهله للمشاركة فى المجتمع مشاركة فعالة.

ولقد عنى التقنين المدنى المصرى منذ خمسين عاما بحقوق الطفل بوصفه «شخصية انسانية» لابد لها من حقوق لممارسة حياتها كما عنى بالتزاماته ورسم حدود مسئوليته ناظرا فى ذلك إلى حالة انعدام أو نقص تمييزه الناشئة عن حداثة عهده بالحياة وعن طبيعة مرحلة الطفولة وضعف أو انعدام خبراته فى التعامل[١].

كما أوصت كل الدساتير والقوانين بحقوق الطفل ورعايته اجتماعيا ونفسيا حتى يشعر بالراحة والأمان والاطمئنان مما يؤدى إلى تكامله النفسى والاجتماعى فى حياته داخل اسرته وفى مجتمعه الذى ينتمى إليه.

ولقد تعددت الآيات القرآنية التى تدعو إلى حسن تربية الأبناء وخلق جيل جديد يحمل فى طياته المعنى الصحيح للمبادئ والقيم والاخلاق ولن تكتمل هذه الصورة الجميلة الا من خلال التطبيق الفعلى لآيات القرآن الكريم والحديث الشريف ، وأقوال الحكماء والعلماء التى تحث على العمل الصالح للنجاة من العذاب.

ومن الآيات القرآنية التى تحث على ذلك قوله تعالى:

١- ﴿يا أيها الذين آمنوا قوا انفسكم واهليكم نارا وقودها الناس والحجارة﴾[٢].

٢- وقوله ﴿وأمر اهلك بالصلاة واصطبر عليها﴾[٣].

---

(١) حقوق الطفل فى التقنين المدنى المصرى ، للمستشار البشرى الشوربجى دراسة مقدمة إلى المؤتمر الدولى المنعقد بمناسبة العيد الخمسين ١٩٤٨ - ١٩٩٨م للتقنين المدنى المصرى بوزارة العدل المصرية فى الفترة من ١٤ - ١٦ ابريل سنة ١٩٩٨م.

(٢) سورة التحريم الآية: ٦.

(٣) سورة طه الآية: ١٣٢.

٣- وقوله: ﴿ولاتقتلوا انفسكم من املاق﴾[١].

وتقود السيرة النبوية مشعل التوضيح والتفسير حول هذا الأمر حيث يقول الرسول - ﷺ -:

١- كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته والأمير راع وكلكم مسئول عن رعيته والرجل راع فى اهل بيته والمرأة راعية فى بيت زوجها وولده فكلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته.

٢- وقال «إن الله سائل كل راع عما استرعاه حفظ أم ضيع حتى يسأل الرجل عن أهل بيته».

٣- ويقول «كفى بالمرء اثما أن يضيع من يعول[٢].

وعن عبد الله بن عمرو بن العاص: «أفضل دينار ينفقه الرجل .. دينار ينفقه على عياله»[٣].

٤- ويقول «انكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا اسمائكم»[٤].

ويقول عمر بن الخطاب: «علموا أولادكم السباحة والرماية وركوب الخيل»[٥].

ويقول كسرى لغيلان الثقفى: «حين وفد عليه. أى ولدك أحب إليك فقال الصغير حتى يكبر والمريض حتى يبرأ والغائب حتى يقدم».

لذلك اهتم الاسلام بالتنشئة الاجتماعية للاطفال لكى يستطيع افراد المجتمع الاسلامى أن يحيوا حياة سعيدة فى ظل الاسلام».

(١) سورة الانعام الآية: ١٥.
(٢) سنن البيهقى، جـ٢ ص ٤٦٧.
(٣) رواه مسلم فى كتاب الزكاة وابن ماجة فى ستحباب فضل النفقة من كتاب الجهاد رقم ٢٧٦٠، جـ٢ ص ٩٢٢، طبعة عيسى الحلبى،
(٤) اخرجه ابو داود فى سننه، باب تغيير الاسماء، جـ٢ ص٦٣٦ طبعة مصطفى الحلبى، ١٩٨٣م.
(٥) كنز العمال لعلاء الدين، جـ١٦ رقم ٤٥٣٤٢، طبعة مكتبة التراث الإسلامى.

ولاشك من أن تربيـة الطفل تتـوقف عند حـد الأب والأم والمؤسـسـة الاجتماعية المختلفة وانما كل جانب مسئول عن بناء الطفل.

ومن خلال هذا البحث اريد أن اظهر هذه الاهمية للجميع وكيف اهتم بها الاسلام.

ومن هنا أرى أن ...

الطفولة حلم وأمل ورغبة جياشة نسعى إلى تحقيقها بدافع الغريزة التى اوجدها الخالق -سبحانه وتعالى- جلت قدرته فى عباده وفق سنة التطور وقانون الحياة.

هى نعمـة كبيرة من نعم الله الخالدة على بنى الانسان وهى هدية ثمينة لاتعدلها نفائس جواهر الارض وكنوزها ، هى أمانة غالية سلمت الينا لنصونها ونحافظ عليها.

قـال تعـالى: ﴿والله اخـرجكم من بطـون امهـاتكم لاتعلمـون شيئا وجعل لكم السمع والابصار والأفئدة لعلكم تشكرون﴾[1].

فـالطفل فى ضـوء هذا المفهـوم الالهى الوارد فـى الآية الكريمة ، مـخلوق كائن حى وهبه الله الحياة ليعيش فترة فى عالمه المجهول الغامض حتى تطأ قدمه عتبة الحياة فى عالم النور وحينذاك يصبح طفلا مكتـملا قد أودع الله فيـه كل الصفات الخاصة بالانسان ومزاياه من سمع وبصر وعقل سبحانه انه على كل شئ قدير.

وأقـرب الناس وأشدهم صلة بهـذا الوليـد الجديد ... أمـه وأبوه ثم اسرته التى نشأ فى احضانها ثم بيئته ومجتمعه.

والأم حباها الله بصفات الأمومة من حنان دافق وحب جارف والأب يفرح

---

(١) سورة النحل الآية: ٧٨.

ويسر وهو يرى خليفته فى الأرض وقد رزقه الله به مكتمل الصحة والعافية موفور الهناء والسعادة.

والأسرة كلها تشعر بهذه السعادة لأنه عضوا جديدا ضم إلى شجرة العائلة لتقوى ويشتد عزمها وأزرها ... والمجتمع ... ينمو ويزدهر كلما ضم إليه فرد يشاركه فى اعبائه ومسئولياته.

فما واجبنا تجاه هذا الوليد الذى جاء إلى دنيا الحياة وهو على فطرته التى خلقه الله بها ... وهنا يتفاوت البشر الذين يقودون هذا الطفل فى دروب الحياة ومسالكها.

وهنا تظهر مسئولية الوالدين والاسرة والمجتمع فى توجيه هذا الطفل ومدى رعايته والاهتمام به.

٣- أهمية الترابط الأسرى:

تمثل الأسرة فى الدراسات التربوية والنفسية والاجتماعية فى مجال الطفولة والتنشئة الاجتماعية دورا مهما ، ذلك ان جهاز الضبط الاجتماعى -وهو أحد مكونات الجهاز النفسى فى الإنسان- ماهو الا مركب اجتماعى يكتسبه الطفل من خلال علاقته مع البيئة الاجتماعية والمادية ، كما ان الضمير -وهو أيضا من مكونات الجهاز النفسى يطلق عليه أحيانا «النفس اللوامة» عبارة عن مركب اجتماعى يكتسبه الطفل من خلال مظاهر الضبط المتمثلة فى الاسرة «الأب والأم».

ومن هنا تظهر اهمية دور الاسرة فى حياة الطفل ومن هنا أيضا جاء اهتمام العلماء والباحثين بدراسة التنشئة الاجتماعية للطفل فى الأسرة وخارجها حيث تقوم العلاقة بين الآباء والابناء وطريقة معاملتهم لهم بدور مهم فى تشكيل شخصياتهم وتحقيق التوافق النفسى والاجتماعى[1].

---

(١) دور الاسرة فى تربية الابناء، ص ٦.

ويبدأ تأثير الاسرة فى الطفل من خلال العلاقة الوثيقة التى تنشأ بين الأم والطفل ثم العلاقة بين الاب والطفل فى مرحلة لاحقة ثم تتسع دائرة العلاقة فيما بعد لتشمل العديد من أفراد الأسرة الكبار.

وحماية الأسرة مسئولية اسلامية:

قال رسول الله - ﷺ-: «**كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته**».

والطفل الصغير وكذلك الطفلة الصغيرة فى حاجة إلى مربى صالح.

ومن هنا يجب على العلماء ...

اظهار خطورة الطلاق وكيف عالج الاسلام الآثار المترتبة عليه.

لقد نفر الاسلام من الطلاق وضيق من حدوده بحيث لايلجأ اليه الا عند تفاقم الأمر واشتداد الداء وحين لايجدى علاة سواه.

ونصوص القرآن الكريم والسنة النبوية لم تأت باباحة الطلاق الا للحاجة اليه.

ولذلك قال - ﷺ-: «**ابغض الحلال عند الله عز وجل الطلاق**»[(١)].

وقوله ايضا «**ما بال اقوام يلعبون بحدود الله يقول احدهم: قد طلقتك قد راجعتك قد طلقتك**»[(٢)].

ما زال الطلاق شبحا رهيبا يكبر يوما بعد يوم مهددا الكيان الأسرى بالإنهيار.

وتزيد الأرقام من هول هذا الشبح حيث تجاوزت ملفات المحاكم الشرعية آلاف القضايا.

---

(١) سنن البيهقى، جـ٧ ص ٣٢٢.

(٢) سنن البيهقى، جـ٧ ص ٣٢٢.

وجزء كبير من هذه القضايا يتعلق بقضايا الطلاق والنفقة والحضانة واسقاط الحضانة.

وما إلى ذلك من تبعات الطلاق وملحقاته.

مما يعنى أن الأرقام ترتفع سنة بعد اخرى ، والمشكلة تتفاقم يوما بعد يوم.

وغالبا ماتكون أسباب هذه الملفات المعروضة على أنظار المحكمة.

الفقر والحاجة التى تجعل الأزواج يرتكبون أخطاء فى حق أسرهم.

وانتشار زواج المصلحة الذى يحول الأسرة من خلية للمودة والرحمة ، إلى سوق شرسة لتبادل المصالح بين الزوجين. ولعل أكبر مآسى الطلاق هو انتشار ظاهرة مقايضة الأطفال بالطلاق أو بحقوق مابعد الطلاق كالمتعة والحضانة واصبح من الطبيعى جدا أن تحدث تنازلات ومقايضات لاترى فى الأطفال سوى ورقة للضغط على الطرف الآخر أو مجرد وسيلة للابتزاز دون مراعاة لمشاعرهم وكرامتهم. بل دون اعتبار لإنسانيتهم[١].

واغلب النزاع الآن فى المحاكم الشرعية قائما على حضانة الاولاد.

ومن المناظر التى باتت مألوفة فى ردهات المحاكم مشهد أبوين يكادان يمزقان طفليهما وهما يتجاذبانه كل واحد يجزبه فى اتجاهه ليحصل عليه بعد الخروج من المحكمة أو اثناء التوجه إليها لإيقاع الطلاق ، ولا أحد منهما يأبه لصراخ الطفل أو لدموعه لأن كل واحد يفكر فى وسيلة للحصول عليه كأنه مجرد لعبة خشبية لا أكثر ولا أقل.

ولذلك أريد فى هذا البحث بيان التزامات وحقوق الحاضنة والمحضون له حتى لايحدث هذا الصراع الذى يؤثر سلبيا على مصلحة الولد ومستقلة.

(١) جريدة المسلمون الصادرة فى ٢٣ مايو سنة ١٩٩٨.

وخاصة انحرافه فاغلب اسباب انحراف الاحداث ترجع إلى اسباب اجتماعية وبيئية واهمها الطلاق. وتفكك الاسرة بسبب غياب أو مرض أحد الابوين.

واذا كنا قد فقدنا عدداً من الشباب المتطرف والعدوانى الذى اغلق بالفعل عقله وقلبه عن الحوار ، والاستماع إلى النصح ، والعودة إلى الحق فينبغى أن نوجه اهتمامنا إلى الأعداد الاخرى التى من الممكن أن تتبع نفس الخط ، حتى نسرع بحمايتهم من الوقوع فيه ، أو الانسياق فى تياره.

لأن الأولاد هم ثمرة الحياة الزوجية وغايتها وهم بهجة الدنيا وزينتها وهم العدة والمستقبل المرجو للأسرة ومن اجل ذلك عنى الاسلام بشأنهم واهتم بأمرهم فشرع لهم من الحقوق مايكفل سعادتهم ويحفظهم من الانحلال والفساد وما يهئهم لحياة صالحة لعمارة هذا الكون الذى اراد الله عمارته إلى الوقت المقدر فى علمه تعالى.

فشرع لهم سبحانه احكاما لثبوت النسب واحكاما للرضاع واحكاما للحضانة واحكاما للنفقة واحكاما للتربية والحفظ والتوجيه واحكاما للتزويج واحكاما لادارة المال والتصرف فيه.

فحقوق الأولاد كثيرة اهمها الاحكام الناجمة بالنسب والرضاع والحضانة والنفقة.

قال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا قوا انفسكم واهليكم نارا وقودها الناس والحجارة عليها ملائكة غلاظ شداد ، لايعصون الله ما امرهم ويفعلون مايؤمرون﴾[1].

---

(١) سورة الحجر الآية: ٦.

ففى هذه الآية الكريمة نداء للمؤمنين ...

ونداء المؤمنين فى القرآن إما أن يعقبه أمر بفعل شئ أو نهى عن ترك شئ ، فهذا النداء مقترن بالتكليف الالهى فعلا وتركا.

وفى هذه الآية الكريمة أعقبها الأمر بفعل شئ ...

«هو أن يقى المؤمنون انفسهم من النار وان يقوا اهليهم وأهل كل مؤمن -هنا- هم كل من للمؤمن ولاية عليه مثل الزوجات والاولاد ووقايتهم من النار تكون بأمرهم بالمعروف ونهيهم عن المنكر والرقابة الرشيدة عليهم وارشادهم إلى عمل الصالحات ونهيهم عن سيئات الأعمال وتربيتهم تربية حسنة لأولادهم فى افعالهم واقوالهم وحمايتهم من الانحراف وهذه هى المسئولية التى قررها -ﷺ- فى حديثه المشهور «**كلكم راع وكل راع مسئول عن رعيته ، حفظ أم ضيع حتى ليسأل الرجل عن أهل بيته**».

والمسلمون الآن فى أمس الحاجة للعمل بهذا الأمر الالهى لحماية الذرية من الانحراف فى العقيدة أو السلوك ، لأن العصر الذى نعيش فيه ملئ بالفساد والافساد والمغريات على الرذائل ، وما من ابن ينحرف الا كان انحرافه ثمرة لقصور والديه فى تربيته وكما جاء فى الحديث «**كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه**»[1].

وفى هذه الآية التحكيمة ...

تهويل من النار التى يخوفنا الله منها وتبشيع لحالها فهى تتقد بالحجارة كما تتقد بالناس وحراسها ملائكة ضخام الإجسام شداد القوة ينفذون ما يأمرهم به الله ، فليس لمن يستحق النار مفر من دخولها والبقاء فيها.

---

(١) سنن البيهقى، جـ٦ ص ٢٠٢.

كيفية البحث فى هذا الموضوع:

ولما كانت للحضانة هذه الأهمية الكبيرة وتلك المكانة العظيمة ، فقد سلكت فى بحثى هذا منهجا يتفق مع منهج البحث العلمى السليم وطريقته فى الاستنباط.

وادعو الله سبحانه وتعالى فى علاه أن يحقق الهدف منه وهو خدمة شريعة الله عز وجل فى مجال تخصصى وهو الفقه الإسلامى واصوله.

ويشمل هذا المنهج النقاط الآتية:

١- عرض المسألة التى أتناولها بالبحث والدراسة مع ذكر ما اتفق عليه الفقهاء فى هذه المسألة إن كان هناك اتفاق مؤيدا بالدليل ما استطعت إلى ذلك سبيلا.

٢- تحرير محل الخلاف بين الفقهاء فى المسألة.

٣- جمع أصحاب كل رأى فى مذهب واحد ، مع ذكر أصحاب هذه الآراء مع عدم الاقتصار على عرض رأى مذهب واحد لأن الاقتصار على مذهب واحد فى موضوع معين لايقدم صورة صادقة عن عظمة الفقه الإسلامى ، وعمق تناوله ودقة معالجته وتنوع اراته وتشعب اجتهاداته.

٤- استقاء اراء كل مذهب من كتبه الأصلية المعتمدة تطبيقا لقواعد البحث العلمى السليم.

٥- ذكر أدلة كل مذهب ومناقشتها إن دعا الأمر إلى ذلك وصولا إلى الرأى الراجح الذى يؤيده الدليل القوى وتعضده الحجة الواضحة دون التحيز لمذهب خاص خاصة وأن اكثر من تعرض لهذا الموضوع بالبحث والدراسة قد اعتمد فى ذلك على الفقه الحنفى وحده.

٦- عرض الحكم القانونى فى المسألة محل البحث من قوانين الاحوال

الشخصية المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م ولائحته التنفيذية مع عقد مقارنة بين الحكم الفقهي الراجح والحكم القانوني في حالة الخلاف كلما امكن ذلك مع الاشارة إلى أحكام محاكم الاحوال الشخصية ومحكمة النقض ومحاكم الاستئناف لتأييد المسألة محل البحث بالأحكام الشرعية.

لأن الاقتصار على عرض الرأى الفقهي الشرعي فقط أو الرأى القانوني فقط أمر لايساير مقتضيات العصر فضلا عن قصوره عن الوفاء بحاجه المجتمع في الانتفاع بكافة الاجتهادات الفقهية والقانونية والاستنباطات التشريعيه والمبادئ القضائية فما يقصر عنه اتجاه يوجد في اتجاه آخر

٧- الرجوع إلى امهات كتب التفسير والحديث واصول الفقه واللغه إذ لزم الأمر لبيان شئ في البحث

٨- ترقيم جميع الأيات القرآنية الكريمه مع ذكر السوره التي وردت فيها الآية

٩- تخريج كل الأحاديث الواردة في البحث من كتب السنة المعتمدة كي يطمئن القارئ لسلامة ما وصل إليه

وإذا كان ديننا الإسلامي الحنيف بهديه القرآني القويم وتوجيهات سيدنا محمد - ﷺ- في سنته الشريفة قد اهتم اهتماما كبيرا بحقوق الطفل ووفر لها كل الضمانات التي من شأنها ان ترعاها وتحافظ عليها

وذلك لأن الأطفال نعمة من نعم الله على الأبوين والمجتمع وهم زينة الحياة الدنيا

ومساهمة مني في إظهار مكانة وعظمة الفقه الإسلامي احاول الكتابة في هذا البحث عن شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية وهو حق من حقوق كثيرة اقرتها الشريعة الإسلامية للطفل.

فقد اهتم الفقه الإسلامى اهتماما كبيرا ببيان الشروط والصفات التى يجب أن تتوافر فيمن يستحق القيام بمهمة رعاية الولد للأسباب الآتية:

* ولاية التربية للصغير تتطلب كفاءة خاصة ولذلك فقد اشترط الفقهاء فيمن يقوم بها شروطا كثيرة لم نعهده فى غيرها من الولايات.

* أن اثبات الحضانة للحاضن أو الحاضنة إنما هو لمصلحة الصغير لصيانته وتربيته تربية سليمة وتنشئته تنشئة فاضلة. ومن ثم فلا تثبت لمن يهمل أو يعرض حياته للخطر أو الضرر.

* بالاستقراء لواقع مشاكل الحياة اليومية الخاصة بأمور الحضانة ثبت أنه اذا توافرت هذه الشروط فيمن يتولى أمور حضانة الولد امكن الوصول إلى التربية المطلوبة وان فقد واحد منها تطرق الخلل إلى تربية الصغير.

وقد اختلف الفقهاء اختلافا كبيرا فى بعض هذه الشروط واتفقوا فى بعضها الآخر.

كما أن بعض هذه الشروط عام يجب توافره فى كل من يقوم بالحضانة سواء أكان من الناس أم الرجال وبعضها خاص بمن يقوم بالحضانة من النساء ، وبعضها خاص بمن يقوم بالحضانة من الرجال.

وعلى هذا فاننى أتحدث عن شروط ثبوت حق الحضانة فى اربعة فصول كما يلى:

الفصل الأول: التعريف بالحضانة وبيان منزلتها فى الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية.

الفصل الثانى: الشروط العامة لاستحقاق الحضانة المتفق عليها.

الفصل الثالث: الشروط العامة لاستحقاق الحضانة المختلف فيها

الفصل الرابع: الشروط الخاصة لاستحقاق النساء والرجال حضانة الاولاد.

الفصــل الأول

التعريف بالحضانة وبيان منزلتها
فى الفقه الإسلامى
وقانون الأحوال الشخصية

تمهيد وتقسيم:

لقد جاءت الشريعة الإسلامية دعوة إلى الانسانية الحقة والأخوة الصادقة التى يتحقق عن طريقها مجتمع فاضل وحاضر آمن ومستقبل سعيد.

وهذا التشريع جاء للناس كافة يخاطب محمدا عليه الصلاة والسلام ﴿وما ارسلناك إلا كافة للناس بشيرا ونذيرا﴾[١].

وقال جل شأنه: ﴿قل يا أيها الناس إنى رسول الله اليكم جميعا﴾[٢].

كما أنه جاء تشريعا موحدا ، قال تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾[٣]، وقال ﴿إن الحكم إلا لله يقص الحق ، وهو خير الفاصلين﴾[٤]، ويجب على كل مسلم اتباع أحكام هذا الدين.

وقال ﴿وما كان لمؤمن ولا مؤمنة اذا قضى الله ورسوله أمرا زن يكون لهم الخيرة من أمرهم ومن يعص الله ورسوله فقد ضل ضلالا بعيدا﴾[٥].

ولقد قسم العلماء الأحكام الشرعية إلى ثابتة ومتغيرة باعتبار المصالح

---

(١) سورة سبأ الآية: ٢٨.
(٢) سورة الاعراف الآية: ١٥٨.
(٣) سورة المائدة الآية: ٤٩.
(٤) سورة الانعام الآية: ٥٧.
(٥) سورة الاحزاب الآية: ٣٦.

المترتبة على تشريع الأحكام فما علم الله من سر تشريعه أن مصالح التشريع ثابتة ودائمة ولاتتأثر بالزمان أو المكان أو العرف فهو من الثابت الذى لايتغير، فليس لأحد أن يقول إن القصاص المشروع لحفظ الأنفس واجب فى وقت دون وقت لأن مصلحة حفظ النفس ضرورية فى كل وقت وعند جميع الناس وكذلك مايتصل بحفظ الدين والمال والنسل والنسب والعرض.

أما الأحكام التى علم الله من سر تشريعها أن مصلحة التشريع فيها مما يختلف فى وقت دون وقت أو تختلف فى مكان أو فى حال دون حال فانها أحكام متغيرة بتغير المصالح ، فقد تكون المصلحة فى وقت ثم فى وقت آخر تتبدل فيه المصلحة فيختلف الحكم لذلك[1].

والتعريف بالحضانة وبيان منزلتها من المصالح المقيدة شرعا وكذلك من الولاية فى الفقه الإسلامى من الأمور الفقهية الثابتة.

وهذا ما اريد بيانه فى هذا الفصل.

ومن هنا تبدو لي ملامح هذا الفصل متمثلة في المباحث الآتية:

المبحث الأول: تعريف الحضانة فى الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية.

المبحث الثانى: التكييف الفقهى والقانونى لحق الحضانة ولمن يثبت.

المبحث الثالث: الولايات والمصالح المعتبرة شرعا ومنزلة الحضانة منها.

---

(١) الفقه الإسلامى ، مراحل ومبادئ ومشروعات، لاستاذنا الدكتور محمد انيس عبادة، الطبعة الأولى ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م ص ٢٢.

المبحث الأول

تعريف الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية

تمهيد:

الحقوق التى تتضمنها الحضانة كثيرة ومتعددة كما أن الجهات التى تتولى صياغتها وتنفيذها مختلفة.

ومن ثم تعددت تعريفات الحضانة فنجد لفقهاء الشريعة الإسلامية تعريفات كثيرة ولواضعى قانون الاحوال الشخصية كذلك ثم للقضاء نظرة فى هذا الموضوع.

فلزم الأمر هنا عرض هذه التعريفات حسب الجهة الصادرة عنها ثم اختيار أدقها واشملها.

وبناء على ذلك ...

فان هذا المبحث تحته ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: تعريف الحضانة فى اللغة والاصطلاح الفقهى والقانونى.

ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: تعريف الحضانة فى اللغة.

الفرع الثانى: تعريف الحضانة فى الاصطلاح الفقهى.

المطلب الثانى: تعريف الحضانة فى قانون الاحوال الشخصية والقضاء.

ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: تعريف الحضانة فى قانون الاحوال الشخصية.

الفرع الثانى: تعريف القضاء للحضانة.

المطلب الثالث: التعريف المختار للحضانة.

المطلب الأول

تعريف الحضانة في اللغة والاصطلاح الفقهي والقانوني

الفرع الأول

تعريف الحضانة في اللغة

الحضانة مصدر للفعل الثلاثي «حضن» وهو من باب ضرب يقال حضن يحضُن بضم الضاد في المضارع وكسرها ، والحضانة بفتح الحاء وهو الأشهر وكسرها جائز.

وهي مشتقة من الحُضْن وهو العضدان وما بينهما من الصدر وقيل هو ما دون الإبط إلى الكشح[١].

والاحتضانُ هو احتمالُك للشئ وجعله حضنك.

وحُضان ، جمع حاضن لأن المربى والكافل يضم الطفل إلى حضنه.

ويقال حضن الطائر بيضه اذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه بمعنى رجن عليه للتفريخ.

وحضن الطائر افراخه اذا غطاهما بجناحيه.

والحضن الجنب وللمرء حضنان وحضنا الليل جانباه وحضن الجبل مايطبق به

والمحضنة المعمولة للحماية كالقطعة الروجاء من الطين[٢].

(١) الكشح هو مابين الخاصرة إلى الضلع الخلفي والخصر وسط الانسان، مختار الصحاح للرازي - المطبعة الاميرية طبعة ١٩٠٤م.

(٢) لسان العرب لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور المصري - طبعة دار المعارف، مادة حضن، جـ٢ ص ٩١١ ، المعجم الوجيز، ص ١٥٨ ، معجم الصحاح في اللغة والعلوم، ص ٢١٢.

وأما حَضَنٌ فجبل بنجده ، وهو أول نجد. والعرب تقول: أَنْجَد من رأى حضنا ويقال امرأة حضون بينة الحضان[١].

وكذلك المرأة اذا حضنت ولدها حضانة اذا ضمته اليها وكذلك تسمى المرأة حاضنة ويسمى الرجل حاضن.

ومنه يعلم أن حاضنة الصبى هى القائمة على تربيته والتى تسهر على رعايته[٢].

فالحضانة هى الرعاية والولاية على الطفل لتربيته وتدبير شئونه ، يقال حضن الرجل الصبى أى رعاه ورباه فهو حاضن واحتضن الشئ حضنه.

واحتضن هذا الأمر ، أى تولى رعايته والدفاع عنه[٣].

ودور الحضانة -مدارس ينشأ فيها صغار الأطفال-[٤].

ومن هذا العرض يتضح لنا أن الحضانة فى اللغة تطلق على الضم إلى الجنب. الحاصل من كل ضام بحسب حاله فالأم تحضن ولدها فتحمله فى احد شقيها فحضانة الأم ولدها هى ضمها اياه إلى جنبها واعتزالها اياه من ابيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وامساكه وغسل ثيابه.

والطائر يحضن بيضه وهكذا.

والمربى يحضن ولده أى يتخذه فى حضنه وإلى جنبه لأن الصغير لما كان

---

(١) معجم مقاييس اللغة، جـ٢ ص ٦٩.

(٢) المراجع السابقة ، وانظر القاموس المحيط لأبى الطاهر مجد الدين بن محمد بن يعقوب الشيرازى الفيروزابادى، طبعة الحلبى، فصل الحاء، باب النون ج(٤ ص ٢١٧.

(٣) المعجم الوسيط، جـ١ ص ١٨٢ ، المعجم الوجيز، ص ١٥٨ ، والمصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للعلامة احمد بن محمد بن على المقرى الفيومى، طبعة المكتبة العلمية، جـ١ ص٦٦.

(٤) المعجم الوسيط، جـ١ ص ١٨١.

عاجزا عن النظر فى مصالح نفسه جعل الله ذلك إلى من هو أقدر وأهل ففوض الولاية فى المال والعقود إلى الرجال ، لأنهم بذلك أقوم وأقدر على التربية من النساء وأقوى[(١)].

الفـــــرع الثانى

تعريف الحضانة فى الاصطلاح الفقهى

اختلف الفقهاء فى تعريف الحضانة كما يلى:

أ- عرفها الحنفية ...

بعدة تعريفات كما يلى:

قيل: «أنها تربية الأم أو غيرها ممن له الحضانة للصغير أو الصغيرة قبل الفرقة أو بعدها»[(٢)].

وقيل هى: «ضم الأم ولدها إلى جنبها واعتزالها إياه من ابيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وإمساكه وغسل ثيابه»[(٣)].

وقيل: يهى تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع اموره فى سن معينة ممن له الحق فى الحضانة».

---

(١) الاختيار لتعليل المختار للعلامة عبد الله بن محمود بن مودود الموصلى ، تحقيق الاستاذ/ محمد محيى الدين عبد الحميد، جـ٤ ص ١٩.

(٢) حاشية الطحاوى على الدر المختار ، والدر المختار لخاتمة المحققين محمد امين الشهير بابن عابدين المتوفى سنة ١٢٥٢هـ، طبعة الحلبى، جـ٣ ص ٥٥٥.

(٣) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للعلامة علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى، الملقب بملك العلماء المتوفى سنة ٥٨٧هـ، طبعة دار الحديث، جـ٤ ص ٤٠.

ب- وعرفها المالكية:

بأنها: «حفظ الولد فى مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه»[١].

وقيل: «هى صيانة العاجز والقيام بمصالحه»[٢].

أى تدبير مؤونة طعامه ولباسه وتنظيف جسمه. وهذا التعريف يشمل الطفل الصغير والمعتوه بالقيام بمصالحة وخدمته ورعايته وغيرهم.

جـ- وعرفها الشافعية:

بأنها: «حفظ من لايستقل بامووره وتربيته بما يصلحه ودفع ما يضره»[٣].

وقيل: «هى حفظ من لايستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير مجنون وتربيته أى تنمية المحضون ، بما يصلحه بتعهده بطعامه وشرابه ونحو ذلك»[٤].

---

(١) شرح الزرقانى على مختصر خليل للإمام العارف العمدانى الجامع بين علمى الاصول والمعانى سيدى عبد الباقى الزرقانى، طبعة دار الفكر - بيروت ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م حـ٢ ص ٢٦٣ ، بلغة السالك لاقرب المسالك للعالم العلامة الشيخ احمد الصاوى ، طبعة عيسى البابى الحلبى، جـ١ ص ٥٢٧.

(٢) الشرح الصغير لسيدى احمد الدردير على مختصر «أقرب المسالك إلى مذهب مالك» طبعة دار الشعب سنة ١٣٩٨هـ جـ١ ص ٤٥١ ، حاشية الدسوقى لشمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقى على الشرح الكبير، طبعة الحلبى، جـ٢ ص ٥٢٦ ، مواهب الجليل على مختصر خليل للحطاب، طبعة مكتبة النجا - ليبيا سنة ١٩٧٨م، جـ٤ ص ٢١٤.

(٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبى العباس احمد ابن حمزة الشهير بالشافعى الصغير المتوفى سنة ١٠٠٤هـ، طبعة الحلبى، جـ٧ ص ٢١٤.

(٤) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى الفاظ المنهاج للشيخ محمد بن أحمد الشربينى الخطيب المتوفى سنة ٩٧٧هـ، طبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٣٧٧هـ، جـ٣ ص ٤٥٢ ، قليوبى وعميرة للامامين الشيخ شهاب الدين القليوبى والشيخ عميرة على شرح العلامة جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للشيخ محيي الدين النووى ، طبعة عيسى البابى الحلبى وشركاه، جـ٤ ص ٨٨ ، حاشية الشيخ ابراهيم الباجورى على شرح ابن القاسم الغزى.(=)

وقيل هي: «تربية من لايستقل» أى بفعل مايصلحه ويقيه عما يضره.

د- وعرفها الحنابلة:

بأنها: حفظ صغير ونحوه ، كمجنون ومعتوه عما يضره وتربيته بعمل مصالحه»[1].

ومصالحه كغسل ثيابه وراسه وبدنه ودهنه وتكحيله وربطه بالمهد وتحريكه، لينام ونحو ذلك مما يتعلق بمصالحه وذلك لأنه يهلك بتركه ، فيجب حفظه عن الهلاك كما يجب الانفاق عليه وانجاؤه من المهالك.

وقيل: «هي حفظ من لايستقل بنفسه وتربيته حتى يستقل بنفسه»[2].

أي تعهد من لايستطيع تعهد نفسه والقيام بشئونها وحده.

هـ- وعند الزيدية:

«هي حفظ من لايستقل بامورة وتربيته بما يصلحه عند من هو أولى بذلك»[3].

(=) مطبعة شركة دار الكتب سنة ١٣٣١م ، جـ٢ ص ٢٠٠ ، استى المطالب شرح روض الطالب للإمام أبى يحيى زكريا الانصارى المتوفى سنة ٩٢٦هـ ، نشر المكتبة الإسلامية، جـ٣ ص ٤٤٧ ، اعانة الطالبين للعلامة الفاضل الصالح السيد أبى بكر المشهور بالسيد البكرى بن العارف بالله السيد محمد شطا الدمياطى، جـ٢ ص ٣٢٨.

(١) حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع ، للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتى - مكتبة الرياض الحديثة، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، جـ٢ ص ٣٢٨ ، كشاف القناع عن متن الاقناع للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتى، طباعة دار الفكر، جـ٥ ص ٤٩٦ ، المقنع للمقدسى، جـ٣ ص ٣٧٧.

(٢) الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام المبجل احمد بن حنبل، تأليف الامام علاء الدين ابى الحسن على بن سليمان المرادى، طبعة دار احياء التراث العربى - بيروت، جـ٩ ص ٤١٩.

(٣) التاج المذهب لاحكام المذهب فى فقه الأئمة الاطهار للقاضى العلامة أحمد قاسم العنسى اليمانى الصنعانى ، الطبعة الأولى - مطبعة دار احياء الكتب العربية، سنة ١٣٦٦هـ، جـ٣ ص ٣٦٧.

و- وعند الإباضية:

«هى حفظ الولد فى نفسه ومؤنة طعامه ولبسه ومضجعه وتنظيف جسمه»(١).

المطلب الثانى

تعريف الحضانة فى قانون الاحوال الشخصية والقضاء المصرى

الفرع الاول

تعريف الحضانة فى قانون الاحوال الشخصية

من خلال نص الفقرتين الأولى والرابعة من المادة ١٧ مكرر ثالثا من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضاف بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م.

وايضا الفقرة الأولى من المادة ٢٠ من المرسوم بقانون المذكور المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م.

وهذه النصوص خاصة بمسكن الزوجية حيث تشغله الحاضنة دون الزوج المطلق.

وقد عرفت هذه النصوص الحضانة:

بأنها التى تقوم عليها النساء لزوما خلال المرحلة التى يعجز فيها الصغار عن عدم القيام بمصالح البدن وحدهم.

---

(١) شرح كتاب النيل وشفاء العليل تأليف الامام العلامة محمد بن يوسف أطفيش، طبعة مكتبة الإرشاد - طبعة البارونى وشركاه، جـ٧ ص ٤٠٧، البحر الزخار، جـ٣ ص ٢٨٤.

الفرع الثاني

تعريف القضاء للحضانة

جاء في حكم لمحكمة بني سويف الكلية بأن الحضانة هي «تربية الطفل ورعايته والاشراف عليه في مدة معينة حسبما جرى عليه العرف».

وليس معناها ملازمة الصغير بحيث لاتفارقه الحاضنة ولأن المعروف ان الاطفال في هذا السن كثيرا مايلهون ويلعبون وفي الأرض يمرحون[١].

وجاء في حكم محكمة بندر المنيا للأحوال الشخصية «نفس»[٢].

المقصود بالحضانة أنها «تربية من لايستقل بأموره مما يصلحه ويقيه عما يضره ولو كان كبيراً مجنونا أو معتوها».

وقد عرفت محكمة مصر ...

الحضانة بأنها امانة ولكنها من نوع اخر غير التي يعبر عنها بالوديعة والتي يعتبر الامتناع عن ردها لمالكها غصبا.

حيث جاء في الحكم ...

«إن كان حقا أن الصغير في يد حاضنته أمانة إلا أنها امانة من نوع آخر غير الامانة التي يعبر عنها فقها بالوديعة وهي تسليط المالك غيره على حفظ ماله وهي التي يعتبر الامتناع عن ردها لمالكها غصبا فليس الصغير ملكا لابيه ولاهو الذي اودعه حاضنته بل الشرع هو الذي سلطها على حضانة الصغير لمصلحته لا لمصلحة ابيه ولالمصلحة أي شخص آخر بل للصالح العام الذي يحتم برعاية الصغار والقيام بتربيتهم إلى أن يتمكنوا من الاستقلال

---

(١) ٥١/٨٩ س ك بني سويف في ١٩٥١/١٢/٥م ، م ش ٢٢/ ٦٤٠.

(٢) الدعوى رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٧م في ١٩٨٨/٦/٢٧، ويراجع موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية مستشار محمد عزمي، طبعة ١٩٩٥، ص ٥٦٥.

برعاية شئونهم. فجعلت الشريعة حضانة الصغير للنساء إلى سن معينة ثم للرجال بعد ذلك فاذا كانت الحاضنة قد تجاوزت الحق فى امساكه فلا يقال انها اغتصبت بل يقال أنها أتت عملا ينافى مصلحتها ولاجزاء لهذا إلا التضرر على الوجه الوارد بقانون العقوبات ولم يرتب الشارع على امتناعها الزامها بنفقة بل تبقى نفقته واجبة على ابيه أو من تلزمه نفقته شرعا وعليه أن يسلمها للحاضنة ما دام فى يدها[1].

المطلب الثالث

التعريف المختار للحضانة

قبل بيان التعريف الراجح للحضانة أشير إلى الامور الآتية:

أولا: التفرقة بين الحضانة والكفالة.

ثانيا: التفرقة بين الحضانة والوصايا.

ثالثا: هل الحضانة امانة.

رابعا: سبب الحضانة.

اولا: التفرقة بين الحضانة والكفالة[2]:

اختلف الفقهاء فى التفرقة بين الحضانة والكفالة ، فذهب بعض الفقهاء إلى أنهما مترادفان فى المعنى.

---

(١) ٤٠/١٠٢٢ ش ك مصر ٤١/٢/٢٣ ، م ش ٧٢/٤/١٢، وانظر مبادئ القضاء فى الاحوال الشخصية للمستشار احمد نصر الجندى مكتبة رجال القضاء ، الطبعة الثالثة ١٩٨٦م ، ص ٤٣٤، المبدأ ٧٣.

(٢) الكفالة فى اللغة ، الضمان ، يقال: كفيل يكفل كفولا وكفلا والاسم الكفالة ، ويقال تكفلت بالمال أى التزمت به ، وتحملت به ، وكفلت به كفالة وكفلت عنه المال ، وكفلته ، وقيل هى الضم ، قال ابن بطال: الكفالة بالولد أن يعوله ويقوم بأمره ومنه قوله تعالى: ﴿وكلفها زكريا﴾ «سورة آل عمران الآية: ٣٧» ، لسان العرب مادة حضن والكافل ، العائل والكافل والكفيل ، الضامن.

وفى اصطلاح الفقهاء هى ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة بدين أو عين أو نفس ، الذمة (=)

قال تعالى حكاية عن سيدنا يوسف عليه السلام: ﴿إذ تمشى اختك فتقول هل أدلكم على من يكفله﴾[١]، أى يحضنه فيربيه[٢].

وقال تعالى: ﴿وحرمنا عليه المراضع من قبل فقالت هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون﴾[٣]، فمعنى يكفلونه لكم ، يحضنونه لكم.

وقيل الحضانة ، تطلق على الطفل الذى يكون فى حضانة أمة زوجة كانت أو مطلقة والكفالة تطلق على الطفل الذى يكون فى حضانة امرأة اخرى غير أمه أو رجل آخر.

وقال الإمام الماوردى الشافعى: «إن رعاية الطفل الصغير إلى سن التمييز تسمى حضانة أما رعايته بعد البلوغ فتسمى كفالة»[٤].

(=) المضمومة هى ذمة الكفيل وهو الضامن الملتزم بتأدية ما على الأصيل من الحق ، والذمة المضموم إليها هى ذمة الأصيل وهو المطالب فى الأصل ، ويسمى المكفول عنه والمكفول ، أما صاحب الحق فهو المكفول له وهو الطالب والحق هو المكفول به.
يراجع الهداية، شرح بداية المبتدئ لشيخ الاسلام برهان الدين الرشدانى المرغيانى المتوفى سنة ٥٩٣هـ . طبعة دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، الجزء ٣ ، ٤، ص ٩٦ ، احكام المعاملات الشرعية للأستاذ الكبير/ على الخفيف، طبعة دار الفكر العربى ، الطبعة الثالثة، ص ٤٤٢، مغنى المحتاج، جـ٣ ص ٤٥٢.

(١) سورة طه الآية: ٤٠.

(٢) فالمراد بالكفيل هنا من يعول الصغير ويقوم بأموره وعلى ذلك فلفظ الكفيل هنا مشترك بين ضم الذمة وبين الحضانة ، المغنى، جـ٧ ص ٦١٢ وما بعدها ، ويراجع ، تفسير النسفى للإمام أبى البركات عبد الله بن احمد بن محمود النسفى، طبعة عيسى الحلبى، جـ٣ ص ٥٣ ، تفسير القرطبى لأبى عبد الله محمد بن احمد الانصارى القرطبى، طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٨٧م، جـ١١ ص ١٩٧.

(٣) سورة القصص الآية: ١٢.

(٤) مغنى المحتاج للخطيب الشربينى، طبعة دار الفكر العربى، جـ٢ ص ٤٥٢ ، والمراجع السابقة، حاشية البيجرمى على شرح منهج الطلاب، جـ٤ ص ١٢١ ، نيل الاوطار، للشوكانى، جـ٧ ص ١٣٧.

ثانيا: التفرقة بين الحضانة والوصاية[1]:

الوصاية هي «نظام لرعاية أموال القاصر فهو شبيه بنظام الولاية فكلاهما مما يحمي أموال القاصر».

ولكن الولاية أساسها القرابة والشفقة فهي لاتكون إلا للأب ثم الجد الصحيح اذا لم يكن الأب قد اختار وصيا فاذا توفي الأب والجد الصحيح إستحال تطبيق نظام الولاية إذ أن الولاية لاتكون إلا لهذين الشخصين فقط.

واستلزم الأمر الأخذ بنظام الوصاية أي تعيين شخص تتوافر فيه شروط معينة تكون له ولاية على مال القاصر والغرض من نظام الوصاية هو صيانة ثروة القاصر واستثمارها في الوجوه التي تعود عليه بالمنفعة عن طريق جعل الوصي مديرا لأموال الصغير بما يكفل حسن انفاقها وحفظها لمصلحة الصغير[2].

وتعيين الوصي لابد وان يصدر به قرار من محكمة الولاية على المال فالوصي لايستمد صفته الا بقرار من المحكمة أما سلطاته وواجباته فيحددها القانون مباشرة ولادخل للقاضي في تحديد مداها.

وتنتهي الوصاية طبقا للمادة ٤٧ في احوال حددتها هذه المادة.

---

(١) الوصاية، لغة، الأمر، قال تعالى: ﴿ووصى بها ابراهيم بنيه ويعقوب﴾ «سورة البقرة الآية: ١٣٢» أي أمر، وشرعا، الأمر بالتصرف بعد الموت، كوصية الإنسان إلى من يغسله، أو يصلي عليه إماما، أو يزوج بناته ونحو ذلك، المغني، جـ٨ ص ١٨٩، شرح منتهى الارادات المسمى «دقائق أولي النهى» لشرح المنتهى للشيخ العلامة فقيه الحنابلة في وقته منصور ابن يونس بن ادريس البهوتي، المتوفى سنة ١٠٥١هـ، طبعة دار الفكر، جـ٢ ص ٥٣٨.

(٢) الولاية على المال، مستشار عمرو عيسى الفقي، المكتب الفني للموسوعات القانونية، طبعة ١٩٨٨م، ص ٧٥.

إما الحضانة ...

فهى حق مقرر لرعاية الطفل وحسن تنشئته والقيام بخاصة نفسه فى سنى حياته الأولى التى لاغنى له فيها عن غيره[١].

ومن ذلك يتضح أن الحضانة هى رعاية الصغير وحفظه بما يكفل حسن تربيته.

أما الوصاية فهى رعاية مال الصغير بما يكفل حسن انفاقه.

وقد أكد هذا المعنى حكم لمحكمة الجمالية الشرعية فى ١٩٤٢/٢/٢م ونصه ...

«أن الشريعة الإسلامية فرقت بين حق الحضانة وحق الوصاية فخولت لوالد الصغير أن يعين عليه وصيا مختارا يدير امواله ، ولم تجعل له حق اختيار من يحضنه بل جعل ذلك منوطا لمصلحة الصغير فى الحدود التى رسمها الفقه ولااعتبار لارادة والده فيها فاذا اشترط ان تكون الحضانة لشخص معين كان شرطا باطلا ولايعمل به بخلاف الوصاية وحكمة التشريع فى ذلك ان الحضانة نوع من الولاية جعلها الشارع فى اشخاص يعنيهم مرجعها النص محافظة على الصغير فلا تكون بجعل الجاعل[٢].

ثالثا هل الحضانة أمانه:

أجابت محكمة استئناف مصر فى حكم لها[٣] على ذلك بأن وجود

---

(١) نظرات فى نظام الاسرة الإسلامية «الزواج» الاستاذ الدكتور/ محمد الشحات الجندى، ص٤٥٨.

(٢) الوسيط فى تشريعات الأحوال الشخصية، الكتاب الثانى، الاستاذ خالد شهاب، سنة ١٩٩٢، ص ١١٩.

(٣) مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية للمستشار/ احمد نصر الجندى، مكتبة رجال القضاء، الطبعة الثالثة، ١٩٨٦م، ص ٤٣٤ المبدأ ٧٢ ٢٢ ١٠/ ٤٠ س ك مصر ٧١/٢/٢٣ ، م ش ٧٢/٤/١٢.

الصغير فى يد حاضنته أمانة ولكنها من نوع اخر غير التى يعبر عنها فقها بالوديعة ، وهى تسليط المالك غيره على حفظ ماله ، وهى التى يعتبر الامتناع عن ردها لمالكها غصبا.

فقد جاء فى هذا الحكم ...

«إن كان حقا أن الصغير فى يد حاضنته أمانة إلا أنها أمانة من نوع آخر غير الامانة التى يعبر عنها فقها بالوديعة وهى تسليط المالك غيره على حفظ ماله وهى التى تعتبر الامتناع عن ردها لمالكها غصبا ، فليس الصغير ملكا لأبيه ولاهو الذى أودعه حاضنته بل الشرع هو الذى سلطها على حضانة الصغير لمصلحته لا لمصلحة أبيه ولالمصلحة أى شخص آخر بل للصالح العام الذى يحتم برعاية الصغار والقيام بتربيتهم إلى أن يتمكنوا من الاستقلال برعاية شئونهم».

فجعلت الشريعة حضانة الصغير للنساء إلى سن معينة ثم للرجال بعد ذلك فاذا كانت الحاضنة قد تجاوزت الحق فى إمساكه فلا يقال أنها اغتصبت بل يقال أنها أتت عملا ينافى مصلحتها ولاجزاء لهذا إلا التضرر على الوجه الوارد بقانون العقوبات ولم يرتب الشارع على امتناعها إلزامها بنفقة بل تبقى نفقته واجبة على ابيه أو من تلزمه نفقته شرعا وعليه أن يسلمها للحاضنة ما دام فى يدها .

رابعا: سبب الحضانة:

سبب الحضانة هو ، مابالصغير -أو الصغيرة- من عجز فى أول حياته عن النظر إلى نفسه وقضاء حوائجها ، وعدم ادراكه لما ينفعه وما يضره.

ومما لاشك فيه أن ا لصغير من وقت ولادته ، يحتاج إلى خدمة من نوع خاص ، تتناسب مع بداية حياته.

فهو - أولا وقبل كل شئ يحتاج إلى من يعطيه الحنان ويشفق عليه

ويفهمه فى صغره ، ويحاوره بلغته - لغة العطف والحنان.

كما أن الصغير يحتاج إلى من يأنس به ، وتسكن روحه إليه[١].

وتوضح الدراسات العملية أن كل طفل مولود لايستطيع تعرف الأشياء المحيطة به. وإنما كل مايشعر به هو الرغبة فى الدفء والغذاء ، وذلك الصدر الحنون الذى يمنحه الدفء والغذاء ، وهو صدر الأم.

فالأم تعتبر بالنسبة إلى وليدها هى الدفء والأمن ، وهى الغذاء وكل شئ، فهى مصدرا الامان[٢].

وهنا كله يظهر لنا بجلاء. واختصار ان سبب حضانة الصغير أو الصغيرة هو العجز بالاستقلال عن الغير فهم بحاجة ماسة إلى غيرهم للقيام بشئونهم.

فالحضانة تجب لحفظ صغير ومعتوه ومجنون لانهم يهلكون ويضيعون فلذلك وجبت انجاء من الهلكة[٣].

وبالنظر إلى هذه التعريفات ...

نجد انها مختلفة فى اللفظ ، متقاربة فى المعنى وكلها تركز على بيان وتوضيح حقيقة الحضانة وهى تربية الطفل ايا كان ذكرا أو انثى من الأبوين أو من غيرهما فيشمل اللقيط والمنبوذ ومن فى حكمه.

ورعايته والقيام بما يلزم من مؤنه المعيشة وكفالته بشتى وسائل التربية بما يصلحة وحمايته مما يؤذيه ورحم الله الشافعى اذ يقول ...

---

(١) الحضانة فى الشرع والقانون للمستشار احمد نصر الجندى، طبعة دار الكتب القانونية سنة ١٩٩٣م ، ص ٩.

(٢) دور الاسرة فى تربية الابناء، كتيب صغير ضمن سلسلة سفير التربوية١ ، د/ على سليمان، ص٩.

(٣) الروض المربع، جـ٢ ص ٣٢٨ ، الانصاف، جـ٩ ص ٤٢٢ ، ٤٢٥.

هى مراقبته على اللحظات حتى لايهلك[١].

وكل هذا يتم للطفل فى المدة التى لايستغنى فيها عن النساء من الولادة إلى البلوغ فلما كان الصغار فى حالة عجز عن النظر لأنفسهم والقيام بحوائجهم جعل الشارع ولاية ذلك إلى من هو مشفق عليهم فجعل حق الحضانة إلى الامهات لرفقهن وذلك مع الشفقة وقدرتهن على ذلك بلزوم البيوت[٢].

فالحضانة من الولاية على النفس تثبت للحاضنة ، صيانة للصغير ووقاية له عما يهلكه أو يضره وتتمثل فى امساكه وحفظه فى مبيته أو فى ذهابه وفى مجيئه مع القيام بمصالحه وحاجياته من أحكام ولباس وتنظيف لجسده وموضعه ودهنه ومداعبته.

ولكن معظم هذه التعريفات اغفلت ذكر اطراف الحضانة وبعضها لم يذكر الغرض من الحضانة أو سببها أو مدتها.

فتعريفات الأحناف الثلاثة:

الأول: لم يذكر المحضون له ولا الحكم التكليفى للحضانة ولامدتها.

والثانى: قصر الحضانة على الأم دون باقى من لهم الحق فى الحضانة وقصر المحضون له على ابيه دون غيره من باقى الأولياء الشرعيين.

كما انه غفل عن ذكر مدة الحضانة وحكمها وسببها.

والثالث: اغفل ذكر المحضون له وحكم الحضانة.

كما أن التعريفات الثلاثة قصروا المحضون على الصغير أو الصغيرة مع انها تثبت لغير الصغير مثل المجنون والمعتوه والمريض العاجز ، كما انها لاتمنع

---

(١) أحكام الاسرة فى الأسلام ، أ.د. احمد فراج حسين طبعة مؤسسه الثقافة الجامعية، الاسكندرية سنة ١٩٨٥، جـ٢ ص ٢٢٦.

(٢) المبسوط للإمام السرخسى جـ٥ ص ٢٠٧.

من دخول الكفالة فى التعريف.

أما تعريف المالكية ...

الأول والثانى فقد اغفلا ذكر المحضون له والحاضنة ومدة الحضانة وحكمها وسببها.

أما الشافعية والحنابلة ...

فقد اغفلوا فى تعريفاتهم كذلك ذكر الحاضنة والمحضون له وسبب الحضانة وحكمها ومدتها.

واما الزيدية والاباضية ...

فقد خلت تعريفاتهم كذلك من بعض اطراف الحضانة مثل المحضون له والحاضنة كما انهم لم يذكروا حكم الحضانة ومدتهاوسببها.

أما التعريف القانونى ...

فقد اغفل ذكر المحضون له وقصر الحضانة على النساء مع انها قد تكون للرجال فى بعض الأحوال.

وكذلك التعريف القضائى ...

لم يذكر الحاضنة والمحضون له فى التعريف الأول والمحضون له وسبب الحضانة ولامدتها ولاحكمها فى التعريف الثانى.

وخلو التعريف من ذكر احد اطراف الحضانة أو سببها أو حكمها أو مدتها لاشك يجعله غير جامع لكل أفراد المعرف.

ومن خلال عرض هذه الامور ينبغى أن يتضمن تعريف الحضانة الحقائق والعناصر الآتية حتى يقال انه تعريف جامع مانع.

أ- سبب الحضانة:

وهو العجز عن وقوف الشخص وحده فى الحياة واحتياجه إلى من يحميه ويقوم على شئونه لأنه لايستطيع القيام بها وحده ولايستطيع حماية نفسه من اضطرابات المجتمع وخاصة أنه فى حاجة أيضا إلى التأديب والتهذيب والتعود على العادات الاسلامية الصحيحة.

ب- مصدر الحضانة:

وهو الشرع باعتبار كونها و لاية فليس الصغير ملكا لأبيه ولاهو الذى أودعه حاضنته بل الشرع هو الذى سلطها على حضانة الصغير لمصلحته لا لمصلحة أبيه ولالمصلحة أى شخص آخر بل للصالح العام.

جـ- الهدف من الحضانة:

هو رعاية المحضون فى مأكله ومشربه وملبسه وتربيته وحفظه مما يؤذيه وفى الجملة القيام بما يلزمه فى مؤنة المعيشة وكفالته بشتى وسائل التربية بما يصلحه تماما.

د- لم يجعل الشارع الحكيم الحضانة لمطلق إنسان وانما جعلها لانسان معين تتوافر فيه شروط معينة لهذا النوع من الولاية لما له من أهمية كبيرة وحتى تعود الحضانة بالنفع على الصغير.

هـ- مدة الحضانة:

الحضانة هى تربية الطفل وحمايته فى مدة معينة حسبما جرى عليه العرف وقانون الأحوال الشخصية.

و- اطراف أو اركان الحضانة:

وهى الحاضنة أو «الحاضن» والمحضون له وهو الأب أو من يقوم مقامه والمحضون وهو الولد الصغير أو الصغيرة.

ز- حكم الحضانة:

حكم الحضانة الراجح انها واجبة لحفظ الصغير والمعتوه والمجنون لأنهم يهلكون ويضيعون فلذلك وجبت الحياء من الهلكة[١].

وبناء على ضرورة اشتمال تعريف الحضانة على الحقائق المذكورة يمكن تعريف الحضانة بأنها:

«حفظ من لايستقل بامور نفسه وبتربيته والقيام بمصالحه ممن له الحق فى الحضانة وجوبا فى الفترة الأولى من حياته حتى يسلم إلى ابيه أو من يقوم مقامه».

فلفظ «حفظ» يبين الهدف من الحضانة وواجبات الحاضنة حيث تقوم الحاضنة بتربية المحضون وحفظه وتوجيهه ومراقبة سيره بما لايتعارض مع حق الولى على النفس بما يؤدى إلى اعداده إعداد بدنيا وعقليا وروحيا حتى يكون عضوا نافعا لنفسه وللمجتمع.

ولفظ «من لايستقل بأمور نفسه» يبين المقصود بالحضانة وهو العجز فيشمل الصغير والصغيرة والمجنون والمعتوه والمريض الذى لايقدر على تدبير امور نفسه ذكرا كان أو أنثى.

وهذا بيان لسبب الحضانة وذكر لطرف وركن من اركان الحضانة وهو «المحضون».

ولفظ «القيام بمصالحه» بيان لواجبات المحضون له وأهمها الانفاق على الولد والحاضنة.

ولفظ «ممن له الحق فى الحضانة» بيان للحاضنة أو الحاضن وهو من اطراف الحضانة فقد تكون الأم أو الأب أو غيرهما حسب الترتيب الفقهى

---

(١) الروض المربع، جـ٢ ص ٣٢٨ ، الانصاف، جـ٩ ص ٤٢٢ ، ٤٢٥.

والقانوني.

ولفظ «وجوبا» بيان لحكم الحضانة التكليفي وهو الوجوب وان هذا الوجوب مصدره الشرع على اساس ان الحضانة جزء من الولاية على النفس.

ولفظ «في الفترة الأولى من حياته» بيان لمدة الحضانة.

ولفظ «حتى يسلم إلى ابيه أو يقوم مقامه» بيان للطرف الثالث في الحضانة وهو «المحضون له».

المبحث الثانى

التكييف الفقهى والقانونى لحق الحضانة ولمن يثبت

تمهيد وتقسيم:

الإنسان بصفته خليفة عن الله سبحانه وتعالى فى الأرض يتحمل أنواع عديدة من المسئولية.

فعلى سبيل المثال يتحمل ...

* مسئولية العبادة ، وهى العلاقة بين الخالق والمخلوق وأى تقصير من جانب المخلوق فى هذا المجال يمكن أن يخرجه من نطاق العبودية للخالق سبحانه وتعالى.

* المسئولية الفردية عن جسده والتزامه بالمحافظة عليه من الهلاك عن طريق تناول ما احله الله والبعد عما حرمه وتنظيف جسده واعطائه حقه.

* المسئولية الفردية عن روحه والتزامه بتذكيتها بالعبادة الواعية قبل الصلاة والصوم والحج والعمرة والطاعة الحسية والاخلاص المعطاء وإلا تشبه بالحيوان.

قال تعالى: ﴿إن شر الدواب عند الله الصم البكم الذين لايعقلون ﴾[1].

* المسئولية الاجتماعية ...

وهذه المسئولية ، تشمل الوظائف التى ترتبط بالأسرة وكيفية ادارتها والوظائف العامة المرتبطة بالعلاقات البشرية التى تعتبر حقا لأفراد الاسرة وقد تعتبر واجبا على بعضها فى اغلب الأحيان.

---

(١) سورة الأنفال الآية: ٢٢.

ولما كان الحق هو ما أدى شرعا إلى اختصاص بسلطة وكانت الحضانة مستحقة شرعا للانسان بقصد الحفاظ على الولد وحسن رعايته واعداده.

فتكون الحضانة سلطة يملكها شرعا كل أطراف الحضانة أو احدهم لأنها سلطة متعددة الجوانب.

ونظرا لاهميتها فقد وردت الأدلة على مشروعيتها فى الفقه الإسلامى ولكن اختصاص احد اطراف الحضانة بهذا الحق محل خلاف بين الفقهاء.

ونظرا لاهمية هذه الموضوعات فاننى اشير إليها فى المطالب الآتية:

المطلب الأول: مشروعية الحضانة فى الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية وحكمة مشروعيتها.

المطلب الثانى: تعريف الحق لغة واصطلاحا وقانونا.

المطلب الثالث: صاحب الحق فى الحضانة فقها وقانونا وقضاءا

المطلب الرابع: الرأى الراجح.

المطلـــب الأول

مشروعية الحضانة فى الفقه الإسلامى وقانون الأحوال الشخصية وحكمة مشروعيتها

تمهيد:

الحضانة من الحقوق الثابتة للاطفال ، اذ يراد بها تربية الطفل ورعايته والقيام بأمر طعامه ولباسه ونظافته في المرحلة الأولى من عمره ولم تقتصر الحضانة على ذلك بل تتعدى إلى تربيته النفسية ومراعاة المؤثرات الخارجية عليه.

فلقد اثبتت التجارب فى عصرنا الحاضر مدى تأثير حضانة الأم على الطفل فى مراحل نموه ، وكيف أن الطفل الذى تتناوب تربيته عدة حاضانات تختل شخصيته وتتفكك ، ولاتنمو فيه مشاعر الحب والتعاون ، كما أن الطفل الذى لا والد له يعانى مركب النقص ، ويهرب من هذا الواقع بتخيل والد لا وجود له ، يتصل به فى الخيال ويصوره فى شتى الصور والاشكال[1].

ولايقتصر فقد الوالد على الوفاة بل يتعداه إلى الأب الحاضر الغائب ، أى الأب المنشغل عن ابنائه سواء قبل الطلاق أو بعده بالجرى والسعى فى الحياة الدنيا.

ونظرا لأهمية الحضانة بالنسبة للطفل ...

فلقد أوصى بها الفقه الاسلامى وحكم بمشروعيتها بل وجعلها حقا للأم وقد تجب عليها فى بعض الأحوال وهذه المشروعية ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع وأخذ بها قانون الأحوال الشخصية كما أن لهذه المشروعية حكمه.

---

(١) الطفولة وحقوقها فى الشريعة الإسلامية ، دكتورة خديجة أحمد ابو اتلة، الناشر مكتبة الملك فيصل الإسلامية، ص ٤٧.

ومن ثم فان هذا المطلب ينقسم إلى اربعة فروع.

الفـــرع الأول: الحكم الشرعى للحضانة.

الفرع الثانى: أدلة مشروعية الحضانة.

الفرع الثالث: مشروعية الحضانة فى قانون الأحوال الشخصية.

الفرع الرابع: حكمة مشروعية الحضانة

الفـــرع الأول

الحكم الشرعى [١] للحضانة

الحكم الشرعى نوعان:

١- حكم تكليفى[٢].

٢- حكم وضعى[٣].

---

(١) الحكم فى اللغة. القضاء، وأصله المنع يقال حكمت عليه بكذا اذا منعته من خلافة فلم يقدر على الخروج منه ، وحكمت على القوم فصلت بينهم ويطلق الحكم على الحكمة لأنها تمنع صاحبها من أخلاق الأراذل وحكمت الرجل فوضت الحكم إليه ، وتحكم فى كذا أى فعل ما رآه.
وفى العرف الحكم هو اثبات أمر لآخر أو نفيه عنه كقولنا هذا الشئ حسن وهذا الشئ غير حسن.
المصباح المنير، باب الحاء، فصل الكاف، المطبعة الاميرية، ص ٢٢٦ ، وفى الاصطلاح، عرفه ابن الحاجب المالكى بأنه: «خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع» ، العضد على مختصر المنتهى لابن الحاجب وحواشيه، المطبعة الكبرى الأميرية - مصر، جـ١ ص ٢٢٢.

(٢) الحكم التكليفى، هو ما اقتضى طلب الفعل ، أو الكف عن الفعل أو التخيير بين الفعل والترك.

(٣) والحكم الوضعى، هو ربط الشارع بين أمرين بأن يجعل أحدهما سببا أو شرطا أو مانعا للآخر. تيسير التحرير، مطبعة مصطفى البابى الحلبى - مصر، جـ٢ ص ١٢٩ ، المنخول للغزالى، تحقيق محمد حسن هيتو، ص ٢١ ، اصول الفقه الإسلامى ، أ.د. احمد محمود الشافعى، طبعة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ، المكتب العربى للطباعة، ص ٢٢١.

والذى يهمنا هنا هو الحكم التكليفى وهو الذى ينقسم عند الجمهور إلى خمسة أقسام وهى: «الواجب ، المندوب ، الحرام ، المكروه ، المباح».

وينقسم عند الحنفية إلى سبعة اقسام وهى ...

«الفرض ، الواجب ، المندوب ، الحرام ، المكروه كراهة تحريم ، المكروه كراهة تنزيه ، المباح»(١).

والراجح هو تقسيم الجمهور على أساس أن الشارع أما أن يطلب الفعل من المكلف على وجه الحتم والالزام فيكون العمل واجبا ويكون الحكم هو الوجوب ، واما لايكون على وجه الحتم والالزام فيكون العمل مندوبا ويكون الحكم هو الندب.

وفى طلب الكف عن الفعل ، أما أن يكون طلب الكف على وجه الحتم والالزام فيكون الفعل محرما ويكون الحكم هو الحرمة وان كان طلب الكف عن الفعل لاعلى وجه الحتم والالزام كان الفعل مكروها وكان الحكم هو الكراهة.

واذا كان المكلف مخيرا بين الفعل وتركه كان الفعل مباحا وكان الحكم هو الاباحة(٢).

وحكم الحضانة يمكن أن تعتريه الاقسام التكليفية الخمسة:

فتكون الحضانة واجبة وجوبا عينيا(٣) ...

---

(١) الإحكام للآمدى، مؤسسة الحلبى وشركاه، جـ١ ص ٩١٠.

(٢) اصول الفقه الإسلامى، أ.د. احمد محمود الشافعى، ص ٢٢٤.

(٣) الواجب العينى، هو ماطلب الشارع فعله طلبا لازما من كل فرد من أفراد المكلفين بعينه «أى لايقوم عنه غيره فيه» كالفرائض كلها من صوم وصلاة وزكاة واجتناب المحرمات والوفاء بالعقود.

وقد يكون مطلوبا من واحد معين مثل ماطلب من رسول الله - ﷺ- على وجه الخصوص، كصلاة الضحى والمشاورة ، وغيرها من خصائص وجبت على ذاته ، عليه السلام دون غيره.

وحكم الواجب العينى. لزوم الإتيان به من كل فرد من المخاطبين به ولايسقط بفعل البعض عن البعض ، فلا تبرأ الذمة الا بفعل كل فرد من المخاطبين به. (=)

اذ لم يوجد للطفل إلا حاضن واحد ولو كان أجنبيا عن المحضون لأنه حينئذ نفس يجب حفظها على من تعينت عليه أو لم يكن له إلا أمه.

قال تعالى: ﴿من قتل نفسا بغير نفس أو فساد فى الأرض فكانما قتل الناس جميعا﴾[١].

ومن المعلوم فى اصول الفقه أن مايؤدى إلى الواجب يكون واجب فحفظ النفس واجب فما يؤدى إليه وهو الحضانة واجب[٢].

وقد تكون الحضانة واجبة وجوبا كفائيا[٣].

وذلك عند تعدد الحواضن ...

حيث لايحل لجماعة المسلمين أن يتركوا نفسا مؤمنة بل ولو طفلا غير مسلم للهلاك وإلا فهم جميعا آثمون يستحقون العقاب يوم القيامة.

٣- وقد تكون الحضانة محرمة[٤] ...

اذا كانت الحاضنة والحاضن للولد كافرة أو كافرا يستبيح الموبقات ولايحرم

(=) الحكم الشرعى التكليفى لاستاذنا الدكتور صلاح زيدان ، طبع دار الصحوة، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، ص ٥٥.

(١) سورة المائدة الآية: ٣٢.

(٢) غاية الوصول إلى دقائق علم ا لاصول، الكتاب الأول، أ.د. جلال الدين عبد الرحمن، الطبعة الأولى، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ص ٣٠٥.

(٣) هو الذى يكون الطلب فيه موجها إلى الجماعة متضامنة ، وقيل إنه ما طلب الشارع حصوله من مجموع المكلفين لا من جميعهم أى أنه اذا قام به بعض الجماعة ولو واحد منهم سقط الإثم عن الباقين ، وذلك مثل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر والصلاة على الموتى وبدء السلام ورده ، وعمل الضاعات اللازمة للمجتمع.
فمثلا ، انقاذ غريق واجب على كل من سمع الاستغاثة فاذا انقذه فرد رفع الاثم عن الباقين وان لم ينقذه أحد ممن علم بزنه اشرف على الغرق اثم العالمون جميعا.
وحكم الواجب الكفائى، أنه يسقط عن جميع المكلفين بفعل واحد منهم له ويأثم الجميع بتركهم جميعا له ، فهى اشياء لابد منها للأمة ، ولايتوقف وجودها على معين ولايلزم الكل القيام بها، المراجع السابق فى اصول الفقه.

(٢) الحرام لغة: هو ما لايحل انتهاكه والممنوع من فعله ، مختار الصحاح، ص ١٣٢ ، (=)

الكبائر حتى لايؤثر على تربية الولد فيكون غير صالح ، أو يحاول الحصول على حضانة الولد وهو ليس اهل لها ، أو يحاول امام القضاء بالباطل ليثبت عدم صلاحية الأم للحضانة رغم تعلق الولد بها.

وهذا يعد تعسف في استعمال الحق وهو غير جائز.

وذلك استناداً إلى القاعدة الشرعية «الضرر يزال» أي يجب رفعه وإزالة آثاره وهذه القاعدة تستند إلى قوله - ﷺ - «لاضرر ولاضرار»[1].

أي لايباح في الإسلام الضرر ولا الاضرار.

والمعنى: لايباح ادخال الضرر على إنسان فيما تحت يده من ملك أو منفعة غالباً ، ولايجوز لاحد أن يضر غيره ، والادق في المعنى: انه لايضر احد غيره ولايقابله أو يجازيه بالضرر.

فإذا كانت حضانة الولد مع أمه أو أبيه أو فرد بعينه تلحق به الضرر فلايجوز اسناد حضانة الولد إلى من يلحق به الضرر بل يحرم في هذه الحالة.

وايضاً لأن تربية الطفل وتنشئته تنشئة صحيحة واجب على ولي الأمر

(=) القاموس المحيط، جـ٤ ص ٩٥.
وقد تعددت تعريفات الاصوليين للتحريم والراجح منها: «أنه خطاب الشارع الطالب للترك طلبا جازم» أو «مايلزم شرعا فاعله قصدا مطلقا» الاحكام للآمدي، جـ١ ص ٩٠ ، ٩١ ، البيضاوي، جـ١ ص ٤٧.
فالتحريم هو خطاب الشارع بطلب ترك الفعل ، وأن هذا الطلب للترك منهم من وصفه بأنه طلب جازم ، أو بانه على سبيل الحتم ، أو بأنه ممنوع من نقيضه وهو الفعل أو بانه يعاقب على فعله ، أو بأنه مشعر بالعقاب على فعله وجميع هذه الاوصاف تلتقي لتحقق معنى لزوم ترك الفعل.
وحكم الحرام ... الثواب على الطاعة بترك الفعل واستحقاق العقوبة في الدنيا أو الآخرة.
ومن امثلة المحرم الزواج بالمحارم الوارد في آيات عديدة في القرآن ، من بينها قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم﴾. سورة النساء الآية: ٢٣.

(١) اخرجه ابن ماجة من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت، كتاب الاحكام رقم ٢٣٤٠ ، ٢٣٤١، جـ٢ ص ٧٨٤، طبعة عيسى الحلبي.

والحضانة هى التى تؤدى إلى تنشئة الولد فيجب أن تسند إلى أهل الثقة لأن مايؤدى إلى الواجب واجب «مقدمة الواجب»[١].

وهى مايتوقف عليها وجود الواجب: شرعا ، أو عقلا ، أو عادة.

ومن المعلوم أن المحرم قسمين ، أولها المحرم لذاته[٢] ، والثانى هو المحرم لغيره[٣].

والحالات التى تؤدى إلى تحريم الحضانة هى من القسم الثانى المحرم لغيره فالحضانة جائزة لكن اذا كانت ستؤدى إلى ضرر محقق فهى حرام.

٤- وقد تكون الحضانة مكروهة[٤]:

اذا كانت الحاضنة غير مأمونه فى دينها ترتكب الصغائر من الذنوب[٥].

---

(١) المراد بمقدمة الواجب الأمور الخارجية عن ماهيته التى يتوقف عليها وجود تلك الماهية وهى ثلاثة اشياء: الجزء ، والسبب والشرط.
غاية الوصول إلى دقائق علم الاصول ، الكتاب الأول أ.د. جلال الدين عبد الرحمن ، الطبعة الأولى، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ص ٣٠٥.

(٢) وهو المحرم لمعنى فيه لايريده الشارع ، كالقتل والسرقة والزنا فانها جميعا محرمة لما فيها من مفاسد لايرضاها الشارع.

(٣) هو الذى لم يحرمه الشارع لمعنى فيه فى ذاته ، وإنما حرمه لمعنى آخر يرتبط بالفعل ، وهو المجاور ، أو لما قد يؤدى إليه من مفاسد ، مثاله الخلوة بالأجنبية فانها محرمة ، لا لذاتها ، لأنه لا ضرر فيها فى نفسها وانما الضرر فيها قد تفضى إليه وهو ارتكاب جريمة الزنا.
اصول الفقه الإسلامى، أ.د. محمد سراج، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ص ٤٨.

(٤) المكروه فى اللغة: مأخوذ من كره الشئ كرها خلاف أحبه ، وهو ماتعافه النفس وترغب عنه.
مختار الصحاح، ص ٥٦٨ ، المعجم الوسيط، جـ٢ ص ٧٨٥.
وفى اصطلاح الاصوليين: هو ما يمدح تاركه ولايذم فاعله.
شرح الاسنوى على المنهاج، جـ١ ص ٤٨.
أو هو ماطلب الشارع الكف عنه وعدم فعله طلبا غير جازم. وهذا هو المكروه تنزيها فى اصطلاح الاحناف.
والمكروه عند الجمهور: تاركه يمدح، وفاعله لايذم ، ولايعاقب ، لأن العقاب إنما هو على فعل الحرام وليس المكروه ، فطلب ترك المكروه ليس على سبيل الالزام كما هو فى الحرام كما أن جاحده لايكفر والحكم الشرعى التكليفى د. صلاح زيدان، ص ١٤١.

(٥) المقدمات الزكية فى فقه المالكية، ص ٢٢٥.

وقد تكون الحضانة مباحة[1] ...

كما اذا كانت للطفل أم تزوجت غير أبيه والأب قادر على توفير حاضنة له تتوافر فيها الشروط.

الفـرع الثاني

ادلة مشروعة الحضانة

الاصل في ثبوت الحضانة ، الكتاب والسنة والاجماع:

اولا: مشروعية الحضانة من الكتاب:

أ- قـال تعـالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن اراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لاتكلف نفس الا وسعها لاتضار والدة بولدها ولامولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك﴾[2].

---

(١) المباح لغة: يأتي بمعنى المعلن: فيقال: باح الشئ بوحا من باب قال ، أى ظهر ، وباح بسره أظهره ، ويأتى بمعنى «المأذون» فيقال: أباح الرجل ماله ، أذن فى الأخذ والترك ويقال أباحه الشئ ، أحله له ، أى حلال ويقال له ايضا جائز.
المصباح المنير، فى كتاب الباء مع الواو ص ٨٢ ، مختار الصحاح، باب الباء، فصل الواو ص ٦٨ ، القاموس المحيط، جـ١ ص ٢١٥.
واصطلاحا: عرفه الغزالي بقوله: الذى ورد الإذن من الله تعالى بفعله وتركه ، غير مقرون بذم فاعله ومدحه ، ولايذم تاركه ومدحه.
المستصفى، جـ١ ص ٦٦.
أو هو «مالايتعلق بفعله ولاتركه مدح ولاذم شرعا»
البيضاوى، جـ١ ص ٤٨.
ومن احكامه: أن المكلف لايلام ولايعاقب على فعله أو تركه.
اصول الفقه الإسلامى، أ.د. محمد سراج، ص ٥١.

(١) سورة البقرة الآية: ٢٣٣.

وجه الدلالة من الآية الكريمة ...

أن الله سبحانه وتعالى طالب الامهات بارضاع[١] أولادهن.

والحضانة من لوازم الرضاع ، فدلت الآية على مشروعية الحضانة كما بينت الآية الكريمة ان الامهات احق برضاع أولادهن من الاجنبيات لتوافر الرحمة والشفقة وانتزاع الولد الصغير منها اضرار به وبها[٢].

فاذا كانت الأم هى التى تقوم بارضاعه وهو في حضانتها فلا اشكال فى هذا اما اذا كان الارضاع لغيرها فانه ينبغى الايضيع حق الأم فى الحضانة أو لايتأثر بذلك ، وعلى الظئر التى سترضع الصغير أن تنتقل إلى محل اقامة الأم لتقوم بارضاعه[٣].

ب- قال تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾[٤].

(١) الرضاع لغة: اسم لمص الثدى وشرب لبنه يقال رضع الصبى وغيره يرضع مثال ضرب يضرب.
لسان العرب جزء ١٨ ص ١٦٦ طبعة دار المعارف.
وفى الاصطلاح: اسم لحصول لبن امرأة أو ماحصل منه فى معدة طفل أو دماغه.
مغنى المحتاج، جـ٣ ص ٤١٤.
ولقد اعتنت الشريعة الإسلامية بأمر الرضاع أذ فطر الله سبحانه وتعالى الإمهات عليه بان جعل لها مقومات هذه الوظيفة العظيمة فأوجب على جميع الوالدات مطلقات كن أو غير مطلقات أن يرضعن أولادهن حولين كاملين للعناية بشئون الطفل لذا أوصى الله تعالى الأم برعاية جانب الطفل لأن لبنها هو الغذاء المناسب له فى هذه السن ، فهو الطف الأغذية.
لذا قال الفقهاء بأنه فاتق للامعاء ، ناشز للعظم منبت للحم. كما أنه يحتاج فى هذا السن إلى شفقة وعناية تامة لاتتوافر إلا عند الأم.
الجامع لاحكام القرآن، جـ٣ ص ١٧٢ ، وانظر الطفولة وحقوقها فى الشريعة الإسلامية، ص ٣٦.

(٢) الجامع لاحكام القرآن، ابى عبد الله بن احمد الانصارى القرطبى، المتوفى سنة ٦٧١هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، جـ٣ ص ١٦٠.

(٣) الوجيز لاحكام الاسرة فى الاسلام للاستاذ الدكتور/ محمد سلام مدكور، طبعة ١٩٧٥م، طبعة دار النهضة العربية، ص ٤٦٣.

(٤) سورة البقرة الآية: ٢٣٣.

وجه الدلالة ...

هذه الآية الكريمة تدل بعمومها على الحضانة ...

من حيث أن الله تعالى أوجب على المولود له «الأب» النفقة على الزوجة حال الحضانة زوجة كانت أو مطلقة طلاقا رجعيا عند بعض الفقهاء، أو مطلقا عند آخرين فدل ذلك على مشروعية الحضانة حيث انها تابعة للرضاع وايجاب النفقة لها من رزق وكسوة مدة الرضاع دليل على ذلك[1].

جـ- قال تعالى: ﴿وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا﴾[2]

المراد بالخطاب هنا امة سيدنا محمد -ﷺ- وقد ورد فى هذه الآية الكريمة ذكر «التربية» على وجه الخصوص ليتذكر العبد شفقة الأبوين وما قاما به فى سبيل رعايته وهذا يزيده اشفاقا لهما وحنانا عليهما.

وقول رب العالمين سبحانه ﴿كما ربياني﴾ يدل دلالة واضحة على اظهار دور الأب والأم سويا فى تربية الولد.

وهذا ما اكده العلم الحديث ...

حيث ثبت أن حرمان الطفل من أمه الحقيقية أو من يقوم مكانها يعرض الطفل إلى الانحراف فى نموه الوجدانى والانفعالى لايمكن معه القيام بأى علاج.

وقد يعجز الطفل بعد ذلك فى مستقبل حياته عن تكوين علاقات إنسانية سليمة مع غيره من افراد المجتمع ، وقد يصل الأمر إلى حد إصابة الطفل ببطء شديد فى نموه العقلى.

بل قد يصاب أحيانا باختلالات عضلية ، وحركات لا إرادية أو لأزمات عصبية. ولايقتصر الأمر على الجانب الوجدانى فقط ، بل يمتد لتكوين بعض

---

(١) الوجيز لاحكام الاسرة في الاسلام، ص ٤٥٧.

(٢) سورة الاسراء الآية: ٢٤.

الأمراض العضوية الجسيمة.

ومن هنا كان تفكير كثير من البلاد فى منح الأم الحاضنة اجازة طويلة لرعاية الطفل حتى يصل إلى درجة الاستقلال.

أما الأب فيقوم بدور المعلم المربى ، فهو يعمل جاهداً على أن يضئ لطفله الطريق الذى ينبغى عليه أن يشقه فى حياته[١].

د- قال تعالى: ﴿ولا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده﴾[٢].

وجه الدلالة ...

هذه الآية الكريمة تدل على مشروعية الحضانة حيث أن فى نزع الولد من امه اضرار بها وبالتالى فبقاؤه معها حق لها.

قال الجصاص: «وفى هذا دلالة على أن الأم أحق بامساك الولد ما دام صغيرا وإن استغنى عن الرضاع بعد مايكون ممن يحتاج إلى الحضانة لأن حاجته إلى الأم بعد الرضاع كما هى قبله»[٣].

فالأم تعتبر بالنسبة إلى وليدها هى الدفء والأمن ، وهى الغذاء وكل شئ فهى مصدر الأمان وهى السعادة والخير والبركة فاذا افتقدها أو فقدها اصبحت حياته جرداء بلا معنى. كما أنه يمثل لها قرة عينها.

فهى لاتكاد تطيق بعده أو انفصاله عنها. فاذا كانت هى المرضعة فهذا خير وان كانت المرضعة غيرها علمنا أن فى كونه عند الأم حقا لها وفيه حق

---

(١) دور الاسرة فى تربية الأبناء ، الاستاذ الدكتور/ على سليمان، كتيب ضمن سلسلة سفير التربوية ١١ ص ٢١.

(٢) سورة القصص الآيتان: ١٢ ، ١٣.

(٣) أحكام القرآن لأحمد بن على الرازى المشهور بالجصاص المتوفى سنة ٣٧٠هـ ، طبعة دار المصحف، جـ١ ص ٤٧٩.

للولد أيضا.

هـ- قال تعالى: ﴿ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا﴾[١].

وجه الدلالة ...

هذه الآية الكريمة توجب الحضانة للطفل مطلقا ولدا كان أو لقيطا أو ضالا حيث احياء النفس البشرية فضلا عن السلمة واجب شرعى[٢].

و- قال تعالى: ﴿هل أدلكم على أهل بيت يكفلونه لكم وهم له ناصحون فرددناه إلى امه كى تقر عينها ولاتحزن﴾[٣].

وجه الدلالة ...

هنا يحكى القرآن الكريم عن أخت سيدنا موسى عليه السلام انها قالت لامرأة فرعون هل ادلكم على أهل بيت يكفلونه أى يتولون تنشئته ورعايته عن طريق الرضاعة وغيرها من مستلزمات الوليد الصغير التى يقوم بها الأم والأب حيال اطفالهما لاعدادهما للحياة ولاشك إن دورهما فى السنوات الأولى من حياة طفلهما من أهم الأدوار وأعظمها.

فلقد ثبت بما لايدع مجالا للشك أن اللبنات الأولى لشخصية الإنسان إنما توضع فى هذه السنوات الأولى . فاذا ماصلحت هذه اللبنات اهتزت الشخصية، وانحرفت وتهاوت.

وقوله تعالى وهم ناصحون «أى لايمنعونه ما ينفعه فى تربيته وإغذائه ، ولايخونكم فيه»[٤].

---

(١) سورة المائدة الآية: ٣٢.

(٢) المدونة الكبرى، جـ٢ ص ٢٥٨.

(٣) سورة القصص الآيتان: ١٢ ، ١٣.

(٤) التفسير الكبير للفخر الرازى، جـ٤٢ ص ٢٣١.

ز- قال تعالى: " ﴿وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن﴾[١].

وجه الدلالة ...

الربيبة: هى بنت الزوجة من غير الزوج الجديد ولاخلاف بين أحد من الفقهاء فى تحريم فروع الزوجة على زوجها اذا دخل الزوج بالأم دخولا حقيقيا.

وهذه الآية تدل على مشروعية الحضانة لأن البنت تتبع امها وتكون تحت رعايتها وان لم تكن فى بيت زوج أمها الجديد[٢].

ثانيا: السنة النبوية:

أ- ما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو رضى الله تعالى عنهن: **«أن امرأة جاءت إلى رسول الله -ﷺ- فقالت يارسول الله أن ابنى هذا كان بطنى له وعاء وثدى له سقاء وحجرى له حواء ، وأن اباه طلقنى فأراد أن ينتزعه منى فقال لها رسول الله -ﷺ- "أنت احق به مالم تتزوجى" وفى رواية "مالم تنكحى"»**[٣].

وجه الدلالة ...

فى هذا الحديث الشريف تؤكد المرأة للنبى -ﷺ- أن بطنها كانت وعاء[٤]

---

(١) سورة النساء الآية: ٢٣.

(٢) الجامع لاحكام القرآن للقرطبى، طبعة الشعب، جـ٣ ص ١٦٨٢.

(٣) اخرجه البيهقى، كتاب النفقات ، باب الأم تتزوج فيسقط حقها فى الحضانة ، السنن الكبرى لابى بكر احمد بن الحسين بن على البيهقى المتوفى سنة ٤٥٨هـ، طبعة دار الفكر، جـ٨ ص ٥٠٤ ، واخرجه ابو داود فى سننه، جـ٢ ص ٧٠٧ ، حديث رقم «٢٢٧٦» ، نيل الأوطار وشرح منتقى الاخبار للشيخ محمد بن على بن محمد الشوكانى، طبعة دار الكتب العلمية - بيروت، ١٩٨٣م ، سبل السلام شرح بلوغ المرام للامام محمد بن اسماعيل الصنعانى المتوفى سنة ١١٨٢هـ، طبعة دار الحديث، جـ٢، ورواه عبد الرزاق فى مصنفه، جـ٧ ص ١٥٣.

(٤) وعاء: هو الزاد والمتاع ، جعله الله سبحانه فى الوعاء مختار الصحاح، ص ٧٧٥.

لولدها وقت أن كان جنينا وأن حجرها وهو حضنها كان يحويه[١] ويضمه وهو صغير ، وأن ثديها كان له سقاء[٢] «تسقيه منه شراب اللبن» وهو رضيع وهذه صفات اختصت بها الأم.

وهذه الحيثيات التى قدمتها الأم جعلت نبينا العادل يحكم لها باحقيتها فى حضانة ولدها اذا وقع الطلاق وتنازع الأبوين على الولد لحضانته ، وهذا دليل على مشروعية الحضانة من السنة النبوية الشريفة واستحقاق الأم لحضانة ولدها.

وفى هذا الحديث تنبيه على المعنى المقتضى للحكم وأن العلل والمعانى المعتبرة فى اثبات الأحكام مستقرة فى الفطرة السليمة.

ب- روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى -ﷺ-: قال «خير غلام بين ابيه وامه»[٣].

وفى حديث آخر أن النبى -ﷺ- قال للغلام: «هذا أبوك ، وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد امه فانطلقت به»[٤].

وجه الدلالة ...

---

(١) الحواء: اسم المكان الذى يحوى الشئ ، لسان العرب، جـ٢ ص ١٠٦٢.

(٢) سقاء: يكون للبن والماء والمسقاة بالفتح ، موضع الشرب. مختار الصحاح، ص ٣٢٦ ، لسان العرب، جـ٣ ص ٢٠٤٣.

(٣) أخرجه الترمذى، الاحكام الحديث رقم «١٣٦٨» وقال حديث صحيح باب ماجاء فى تخيير الغلام بين أبويه اذا افترقا ، وسنن ابن ماجة للحافظ ابى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى بن ماجة المتوفى سنة ٤٧٥هـ، دار الفكر «٢٣٥١» باب تخيير الصبى بين أبويه ، مسند الامام احمد وبهامشه منتخب كنز العمال فى سنن الاقوال والافعال للمتقى الهندى، طبعة المكتب الاسلامى - بيروت سنة ١٤٠٣هـ ، جـ٢ ص ٤٤٦. ، المصنف للحافظ أبى بكر عبد الرزاق بن عمام الصنعانى المتوفى سنة ٢١١هـ ، طبعة دار القلم - بيروت «١٢٦١١» ، وسنن النسائى، جـ٦ ص ١٨٥ ، ١٨٦.

(٤) السنن الكبرى للبيهقى ، كتاب النفقات باب الأبوين اذا افترقا وهما فى قرية واحدة فالأم احق بولدها مالم تتزوج ، وسنن ابو داود، جـ٢ ص ٧٠٨.

فى هذه الأحاديث الطيبة توجيهات لصاحب الرسالة - ﷺ- وفيها اهتم اهتماما كبيرا بالطفولة ووفر لها كل الضمانات التى من شأنها أن ترعاها وتوفر لها أسباب النشأة الطبيعية والتى تكون مصدرا للابداع والعطاء الذى تعم فائدته كل المجموعة بدون استثناء.

ولأجل ذلك تتحمل الأسرة -وبالخصوص الأبوان المسئولية الأولى فى تنشئة الأبناء ورعايتهم الرعاية الشاملة ماديا ومعنويا ولايقتصر دور الأبوين على مجرد الانجاب بل بمجرد الوضع تبدأ المرحلة الأصعب والأكبر والأطول.

وهنا فى حالة تنازع الأب والأم فى حضانة ولدهما فان الواجب هو تخييره بينهما فمن اختاره ذهب به وهذا يتمشى مع احدث النظريات العلمية التى تؤكد ان نشأه الولد مع من يحب افضل من اقامته مع من لايحب.

جـ- عن أبى هريرة رضى الله عنه قال: **«جاء رجل إلى رسول الله - ﷺ- فقال: يارسول الله من أحق الناس بحسن صحابتى؟ قال امك. قال ثم من؟ قال امك. قال ثم من؟ قال امك. قال ثم من؟ قال أبوك»**[١].

وجه الدلالة ...

فى هذا الحديث الشريف جعل الرسول - ﷺ- للأم ثلاثة أمثال ما للأب من البر وهذا بسبب ماتلاقيه الأم من صعوبة الحمل والوضع والرضاع وكل هذه الامور تنفرد بها الأم ، وعندما يدرك الطفل قد لايتذكر ما قامت به الأم ويتذكر فقط

---

(١) اخرجه البخارى فى الأدب: باب أحق الناس بحسن الصحابة ، صحيح البخارى لابى عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة البخارى المتوفى سنة ٢٥٦هـ ، بحاشية السندى، طبعة دار الشعب، جـ٤ ص ٤٧ ، صحيح مسلم، باب البر، شرح النووى لصحيح مسلم للامام محيى الدين أبى زكريا يحيى بن شرف المتوفى سنة ٧٧٦هـ، طبعة دار الكتب العلميةحديث رقم «٢٥٤٨» ، وفى سنن الترمذى ، عن معاوية القشيرى رضى الله عنه قال: «قلت يارسول الله: من أبر؟ قال: أمك ، قلت ثم من؟ قال أمك ، قلت ثم من؟ قال امك ، قلت ثم من؟ قال أبوك ثم الأقرب فالأقرب»، سنن الترمذى لأبى عيسى محمد بن عيسى بن سورة تحقيق احمد شاكر طبعة الحلبى، ١٣٩٨م ، سنن ابو داود حديث رقم «٥١٣٩».

مايقوم به الأب من انفاق ورعاية لأولاده فهنا يذكره الرسول الكريم بأن للأم النصيب الأكبر من البر نتيجة مترتبة على ماقامت به من جهد اكبر.

ولاشك أن أهمية دور الأم فى السنوات الأولى من عمر الطفل قد تحجب معظم الدور المهم الذى يقوم به الأب وعلى الرغم من عدم وضوح هذا الدور بصورة مباشرة فى حياة الطفل فان الأمن النفسى للأم ولطفلها يتوقف على دور الأب ومدى علاقته بهما.

وبتقدم الطفل فى العمر تتناقص درجة اعتماده على الأم ويزداد دور الأب، حيث يمثل الأب بالنسبة إلى طفله عالم العقل والمبتكرات والمخترعات كما يمثل القانون والنظام.

والأب يقوم بدور المعلم المربى ، فهو يعمل جاهدا على أن يضئ لطفله الطريق الذى ينبغى عليه أن يشقه فى حياته وهناك وظيفة اخرى مهمة للأب يجب ألا نغفل عنها وهى وظيفته فى التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

ولاشك أن دور الأبوين معا هو قمة القيام بواجبات الحضانة لكن اذا حدث الطلاق فدور الأم الحاضنة يزاد اهمية.

والأم الجيدة هنا يجب الا تبقى طفلها صغيرا وذلك عن طريق الحيلولة بينه وبين النمو الطبيعى السوى.

وهذه الأم لاينبغى أن تكافئ الطفل دائما على عجزة وعدم قدرته على الأداء السليم والإنجاز ، فعليها أن تثق بقدرته وأن لاتكون قلقة دائما عليه وألا تبذر بذور القلق فى نفسه(١).

فيجب ان تعلمه الاعتماد على النفس والاستقلال وتدربه على الانفصال التدريجى عنها ليعتمد على نفسه وليستقل بذاته.

---

(١) دور الأسرة فى تربية الابناء، ص ٢٦.

ولأجل كل هذا العبء الملقى على عاتق الأم جاء قوله تعالى: ﴿ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله فى عامين﴾[١].

فهذا الحديث الشريف يدل دلالة واضحة على ايجاب الحضانة للأم لأن لها الحظ الأوفر من البر ثم للأب عند المزاحمة.

د- مشروعية الحضانة من الاجماع ...

اجمعت الأمة على مشروعية الحضانة وكفالة الاطفال الصغار كسبيل إلى حفظ النفس البشرية من الضياع.

فلاشك أن الطفل أو الذى لايستقل بأمور نفسه ضعيف محتاج إلى الرعاية والعون فوجب على الأمة افرادا وجماعات حفظ النفس التى كرمها الله تعالى وذلك أحد الضرورات الخمس[٢].

قال ابن المنذر: اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الزوجين اذا افترقا ولهما ولد أن الأم أحق به مالم تنكح.

وكذا قال أبو عمر لا أعلم خلافا بين السلف من العلماء فى المرأة المطلقة اذا لم تتزوج أنها أحق بولدها من أبيه ما دام طفلا صغيرا لايميز شيئا اذا كان عندها فى حرز وكفاية ولم يثبت فيها فسق ولاتبرج[٣].

(١) سورة لقمان الآية: ١٤.
(٢) المدونة الكبرى، جـ٢ ص ٢٥٨.
(٣) الجامع لاحكام القرآن للقرطبى، جـ٣ ص ١٦٤.

الفـــــرع الثالث

مشـــروعية الحضــانة
فى قانون الأحوال الشخصية

نظم القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ احكام الحضانة وعدلت بعض احكامها بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م حيث اجاز هذا القانون للقاضى أن يأذن بحضانة الصغير إلى تسع سنين والصغيرة إلى إحدى عشر سنة.

ولقد كان هذا القانون فاتحة عهد جديد وخطوة جرئية اذ على أساسه تقرر اقتباس الأحكام الشرعية من الفقه الإسلامى دون التقيد بمذهب معين.

لأن لائحة المحاكم الشرعية التى صدرت فى سنة ١٨٩٧م والتى بمقتضاها اصبح اختصاص المحاكم الشرعية مقصورا على مسائل الأحوال الشخصية قد الزم القضاة بالحكم فى القضايا المعروضة عليهم بأرجح الأقوال فى المذهب الحنفى.

وقد ترتب على تطبيق المذهب الحنفى وحده أمران ضج بالشكوى منهما أصحاب الرأى والفكر فى مصر أحدهما شكلى وثانيهما موضوعى.

فأما العيب الشكلى ...

فهو أن القضاة كانوا يعتمدون فى إصدار أحكامهم على قانون غير مطور لم تدون مواده ولم تجمع فروعه تحت كليات جامعة. وترك للقضاة ان يبحثوا عن أرجح الأقوال فى المذهب الحنفى وهى منثورة فى بطون الكتب وليس هناك اجماع على الرأى الراجح فى الكثير منها فقد يرجح مؤلف مالا يرجحه الآخر مما يجعل القضاة يختلفون فى كثير من الأحكام.

وأما العيب الموضوعى ...

فهو أن الاقتصار على العمل بالمذهب الحنفى وحده دون غيره من المذاهب الأخرى قد أدى فى بعض المسائل إلى الحرج والاخلال بالمصلحة وفى الأخذ به مايتنافى وروح العصر فى هذه المسائل وفى غيره من المذاهب الأخرى مايوافق روح العصر ويحقق العدالة اكثر منه وليس فى الخروج عن المذهب الحنفى فى هذه المسائل مايعيب هذا المذهب وذلك لأن الأحكام الاجتماعية تتغير بتغير الظروف والأحوال والرأى يخطئ ويصيب وكل واحد يؤخذ منه ويرد عليه[1].

ولتلافى هذين العيبين اتجه المصلحون وذوا الرأى إلى تسطير قانون للأسرة تؤخذ احكامه من المذاهب الفقهية الاربعة المشهورة ويختار منها مايكون أصلح للناس وأقرب إلى روح العصر فصدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠.

ثم القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ وتضمن مادتين فقط تنظمان سماع دعوى الزوجية وتحديد سن الزواج للزوجين.

ثم القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد أبان فى مذكرته الايضاحية عن اتجاهه فى عدم التقيد بمذهب الحنفية أو المالكية ، بل حتى فى المذاهب الأربعة فى جملتها اذ يمكن الرجوع إلى المذاهب الفقهية والآراء الاجتهادية لفقهاء الأمصار مادام ان ذلك من شأنه تحقيق النفع العام وازالة الضرر.

وقد خول هذا القانون للقاضى حرية النظر فى تقدير مصلحة الصغير بعد سبع والصغيرة بعد تسع ، فان رأى مصلحتهما فى بقائهما تحت حضانة النساء قضى بذلك إلى تسع فى الصغير واحدى عشر فى الصغيرة وان رأى مصلحتهما فى غير ذلك ، قضى بضمهما إلى غير النساء.

وقد صدر عقب هذا القانون المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وقد

---

(١) نظام الأسرة فى الشريعة الإسلامية، الأستاذ الدكتور/ محمد على محجوب، الناشر دار الحرية، ص ٨ ، ٩.

اشتمل على لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها وقد نص فى المادة ٢٨٠ على أنه: تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ، ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد[1].

ثم رأى أولوا الأمر توحيد جهة التقاضى فى الأحوال الشخصية فصدر القانون رقم ٤٦٢ فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ ونص على الغاء المحاكم الشرعية والملية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦م[2].

ومن ثم انتقلت جميع مسائل الأحوال الشخصية التى كانت من اختصاص المحاكم الشخصية والملية إلى اختصاص المحاكم الوطنية وشكلت لذلك دوائر متخصصة للاحوال الشخصية بجميع طبقات المحاكم الجزئية والكلية والاستئنافية.

واخذا بسنة التطور التشريعى صدر القرار الجمهورى بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩م متضمنا فى بعض نصوصه خروجا صريحا على كتاب الله وسنة رسوله وعمل الصحابة وما أجمعت عليه الأمة فى كل عصورها[3].

ومن الأحكام التى أتى بها فى مجال الحضانة:

أ- ينتهى حق حضانة النساء للصغير ، اذا بلغ عشر سنين وللصغيرة اذا بلغت اثنى عشر سنة ، وحتى تتزوج الصغيرة ، المادة الثالثة م ٢٠.

---

(١) نظرات فى نظام الأسرة الإسلامية، الاستاذ الدكتور/ محمد الشحات الجندى، ص ٨.

(٢) نص هذا القانون فى المادة ١ على أن: «تلغى المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦م وتحال الدعاوى المنظورة امامها لغاية ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥م إلى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيها وفقا لأحكام قانون المرافعات وبدون رسوم جديدة.

(٣) حقوق الأسرة فى الفقه الإسلامى، الاستاذ الدكتور يوسف قاسم، طبعة دار النهضة العربية، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م، ص ٥.

ب- حق المطلقة الحاضنة بعد طلاقها الاستقلال مع الصغير بمسكن الزوجية المؤجر ، اذا لم يعد المطلق مسكنا آخر مناسبا المادة الرابعة.

وقد اثارت هذه الاحكام جدلا فقهيا حول مشروعيتها وسندها الفقهي الصحيح كما اصبحت حديث الرأى العام وانتقدها الجمهرة من الناس وخاصة مايتعلق بالاحتفاظ بمسكن الزوجية[١].

وشاءت ارادة الله أن يسقط القرار الجمهورى بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩م بحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى ٤ مايو سنة ١٩٨٥م مما اضطر المشرع إلى اصدار القانون رقم « ١٠٠ » لسنة ١٩٨٥م وقد تضمن هذا القانون أحكاما خاصة بالحضانة وردت فى المادة « ٢٠ » والخاصة بسن الحضانة.

حيث اجاز هذا القانون للقاضى أن يحكم ببقاء الصغير فى يد الحاضنة حتى سن الخامسة عشرة والصغيرة حتى تتزوج دون أجر حضانة اذا تبين أن مصلحتها تقتضى ذلك.

والمادة ١٨ مكرر ثانيا الخاصة بمسكن الزوجية.

إلا أن المحكمة الدستورية فى جلستها المنعقدة فى ٦ من يناير سنة ١٩٩٦ فى القضية رقم ٥ لسنة ٨ قضائية «دستورية» حكمت بعدم دستورية المادة ١٨ مكررا ثالثا المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥م.

على أساس ...

١- أن هذا النص مايز بين فئتين من المطلقين وفرض قيود واقعية على الطلاق ، الأمر المنهى عنه دستوريا.

٢- المقرر شرعا أن مؤنة الحضانة تكون فى مال المحضون.

---

(١) نظرات فى نظام الأسرة الإسلامية «الزواج» ، الاستاذ الدكتور/ محمد الشحات الجندى، ص ١٤.

٣- اختصاص صغار المطلق من مطلقته مع حاضنتهم بمسكن الزوجية مع وجود مسكن لها تقيم فيه ينطوى على فرض قيود على الطلاق.

وكل هذه التعديلات التى ادخلت على القوانين المتلاحقة للأحوال الشخصية تدل دلالة واضحة على مرونته ومعاونته لرجال الاصلاح الاجتماعى ومدهم بما يحتاجون إليه من نظم واحكام تلائم روح العصر وتساير تطوره وتفى بحاجاته.

الفرع الرابع

حكمة مشروعية الحضانة

تتعرض الطفولة البريئة فى جهات عدة وبلدان كثيرة من الكرة الأرضية لمشاكل كثيرة ، وخصوصا الأطفال الذين فقدوا آباءهم ، سواء بالموت أو بالطلاق فى حالة تخلى الأب عن مسئوليته لأن فقد الأب لايقتصر على الوفاة بل يتعداه إلى الأب الحاضر الغائب أى الأب المنشغل عن ابنائه بالجرى والسعى فى الحياة الدنيا مما يترتب على ذلك مشاكل كثيرة ومنها على سبيل المثال.

افتقاد الطفل إلى من يشبع حاجاته التى تتمثل فى:

* التنشئة الاجتماعية السليمة بالرعاية الأبوية والأسرية وتوفير الحب والحماية والأمن والطمأنينة.

* النظام والكفاءة والقدرة.

* التعليم والترويح فالطفل فى حاجة لأن يتعلم ويحصل على العلم المناسب الذى يسلحه بالمعرفة والتعليم الذى يؤهله للحياة فى المجتمع بعيدا عن الجهل والأمية[1].

---

(١) الخدمات الاجتماعية ورعاية الاسرة والطفولة أ.د. إبراهيم بيومى مرعى، طبعة دار المعارف سنة ١٩٨٢، ص ١٢٥.

* الإنتماء إلى جماعة الأسرة لأن هذا الإنتماء يعد حاجة من الحاجات الأساسية للنمو النفسى والاجتماعى وخاصة فى السنوات الأولى من حياة الطفل.

* التهيئة الاجتماعية ويتضمن ذلك تهيئة الطفل لادماجة كعضو بالمجتمع من خلال برامج التعليم والاعداد المهنى ومساعدة الاسرة لطفلها لكى يشارك فى المجتمع.

وقد ترتب على افتقاد الطفل إلى من يشبع حاجاته ...

مشاكل كثيرة ومنها على سبيل المثال:

* كثرة المتشردين والمتسولين الذين يفاجئون الناس فى الطريق والاطفال الذين لامأوى لهم ، ولاكالئ يكلؤهم ، وقد فقدوا كل رعاية اجتماعية من اسرهم إذ لاأسرة تمدهم بالعطف والحنان ، حتى تكون منهم لبنات قوية فى بناء المجتمع وانهم اذ ينشئون اعداء للمجتمع فيكون منهم المنحرفون الذين يستلبون أموال الناس، فان حال حائل دون أن يستلبوا هذا الاستلاب استلبوا الأرواح ليصلوا إلى مبتغاهم[1].

* عمل الأطفال لمدة ساعات طويلة فى شغل منهك.

* توظيف اجبارى فى ترويج المخدرات ومختلف الممنوعات والتجنيد فى عصابات السطو والنشل والحروب الأهلية.

* المتاجرة باجساد الاطفال الابرياء متاجرة لاتعرف حدا بل تصل إلى استئصال اعضائهم من كلى وقلوب وأعين وبيعها إلى من يدفعون فى مقابلها أغلى الأثمان.

---

(١) تنظيم الاسلام للمجتمع للامام محمد ابو زهرة، طبعة دار الفكر العربى، ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م، ص ١٠٧.

* راجت فى السنوات الأخيرة المتاجرة الجنسية بأجساد الأطفال ذكورا وإناثا.

والمفزع المحزن أن أمر هذه الظاهرة استشرى واستفحل إلى درجة أن الضحايا يعدون اليوم بمئات الألاف ، نعم بمئات الآلاف ، والاحصائيات رسمية وذات صبغة دولية ليس فيها أدنى تهويل وترهيب والمطلق لصحة الفزع خبراء ومختصون ومنظمات ذات باع طويل وخبرة واسعة فى الاشتغال بعالم الطفولة فى مختلف أوضاعها وبمختلف اجناسها وألوانها واديانها[١].

وازاء هذا التردى لابد أن تتحرك جميع الجهات لحماية الطفولة من الانحراف لأن رجال الغد ونساء الغد هم اطفال اليوم وكما يكون هؤلاء الاطفال اليوم تكون مجتماعتنا غدا.

فالطفولة القويمة السليمة هى عنوان مجتمع قويم سليم.

ولقد اشتمل الفقه الإسلامي على دعائم قررها الاسلام لإقامة مجتمع فاضل وبناء اسرة مترابطة وخاصة الزوجين.

وأحاط الاطفال برعاية كبيرة خاصة الطفل العاجز عن تحقيق مصالحه حيث اسند امر رعايته إلى من يقوم بمصالحه ويحفظه حتى لايضيع.

ولقد جعل الفقه الإسلامى رعاية الطفولة والعناية بها وحمايتها من كل عدوان يمكن ان تتعرض له مسئولية الجميع بدون استثناء بداية بالأبوين اللذين يتحملان امانة رعاية اطفالهما والقيام بكل مايستلزم إنجابهما من تبعات لأنهما أقرب الناس إليه فى هذه الحاية.

ووزع الأعباء عليهما كل فيما يصلح له فجعل تربية الطفل ورعاية شئونه

---

(١) هدى الإسلام فى حماية الطفولة من الجنوح مقال للاستاذ محمد صلاح الدين المستاوى، مجلة منبر الإسلام، السنة «٥٧» العدد «٦» جمادى الآخرة ١٤١٩هـ - اكتوبر ١٩٩٨م، ص١٠١.

فى المرحلة الأولى للأم ، لما تتصف به من شفقة وعطف وحنان اكثر من الأب على الولد وتتحمل فى سبيل الحفاظ عليه مالم يتحمله الأب وجعل ولاية التصرف فى نفس الولد وماله للأب.

فتقديم الأم فى الحضانة من محاسن الشريعة والاحتياط للأطفال والنظر اليهم وتقديم الأب فى ولاية المال والترويج كذلك[(١)].

فالاطفال نعمة من نعم الله على الأبوين ، وهم زينة الحياة الدنيا ولكن هذه ينبغى أن تقيد بشكر المنعم وشكره سبحانه وتعالى عليها إنما يكون بحسن تربية هؤلاء الأطفال ، وهم يولدون مهيئين لهذه التنشئة الحسنة فقد صح فى الحديث النبوى الشريف « **أن الولد يولد على الفطرة وأبوه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه** ».

والفطرة هى النقاوة والطهارة والسلامة وأى انحراف بالاطفال عن هذا الصراط المستقيم يتحمله الآباء والامهات ويحاسبون عليه يوم القيامة قال تعالى: ﴿**يا أيها الذين آمنوا قوا انفسكم واهليكم نارا وقودها الناس والحجارة عليها ملائكة غلاظ شداد**﴾[(٢)].

فيجب علينا الآن أن نعود إلى حضارة الاسلام وهدى دين الله وسيرة سيد الأنام عليه الصلاة والسلام وكذلك سيرة السلف الصالح فى معاملة الاطفال وحسن تربيتهم والوقوف إلى جانبهم «حضانتهم» لأن هذا هو خير هاد وموجه للمسلمين اليوم. كى يعتبروا كل اطفال المسلمين هم اطفال نتحمل جميعا

---

(١) المغنى لشيخ الإسلام أبى محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠هـ ، على مختصر ابى القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الخرقى، طبعة دار الكتاب العربى طبعة الريان، جـ٩ ص ١٣٥ ، زاد المعاد فى خير هدى العباد لشمس الدين محمد بن ابى بكر المعروف بابن القيم الجوزية، طبعة مؤسسة الرسالة، جـ٥ ص ٤٣٧.

(٢) سورة التحريم الآية: ٦.

المسئولية نحوهم باعتبارنا امة واحدة بل وخير أمة اخرجت للناس.

فيجب على الأبوين القيام بامور الحضانة كما شرعها الاسلام وتحمل المسئولية الأولى فى تنشئة الابناء ورعايتهم الرعاية الشاملة ماديا ومعنويا ولايقتصر دور الابوين على مجرد الانجاب بل بمجرد الوضع تبدأ المرحلة الاكبر والاصعب والأطول.

المطلـــــب الثانى

تعريف الحق لغة واصطلاحا وقانونا

تمهيد:

للإسلام رؤية خاصة للإنسان اعتبرته مخلوقا مكرما ومستخلفا عن الله فى عمارة الأرض.

وحق الكرامة مكفول للناس جميعا فى الإسلام على أساس أن البشر جميعا خلقوا من نفس واحدة ، من أب واحد وأم واحدة ، ومن ثم فكلهم أخوة فى الإنسانية ، وكرامتهم مستمدة من كونهم من خلق الله الذين نفخ فيهم من روحه ثم أرادهم مختلفين لحكمة قدرتها مشيئته.

وهناك مستويات مختلفة من الحقوق منها ماهو سياسى مصدره الدولة ، بمعنى أنه من حق الدولة أن تنظم مختلف الحقوق المتعلقة بالأنشطة السياسية والمدنية للناس.

ومن ناحية أخرى فان التكاليف الشرعية المتعلقة بمصالح الناس فى المفهوم الإسلامى هى من حقوق الله التى لايجوز لأحد أن ينتهكها أو يعتدى عليها.

ولاشك ان لشيوع لفظ الحق فى الكتب السماوية وفى التشريع والقضاء والفقه وعلى الألسنة والأقلام مايؤكد أن للفظ الحق مدلولا فى اللغة والاصطلاح.

ومن هنا نرى جمهور الفقهاء يسلمون بفكرة الحق لا من ناحية الصياغة القانونية فحسب بل وكضرورة اجتماعية ايضا.

وأتحدث فى هذا المطلب عن : تعريف الحق فى فروع ثلاثة كما يلى:

الفرع الأول: تعريف الحق فى اللغة.

الفرع الثانى: تعريف الحق فى الاصطلاح

الفرع الثالث: تعريف الحق فى القانون المدنى.

الفرع الأول

تعريف الحق فى اللغة

ورد استعمال كلمة الحق فى لغة العرب بمعان متعددة[١].

١- فتارة يستعملونها بمعنى «نقيض الباطل» وجمعه «حقوق وحقائق».

قال تعالى: ﴿ولاتلبسوا الحق بالباطل وتكتموا الحق وأنتم تعلمون﴾[٢]. وقال تعالى: ﴿قل إن ربى يقذف بالحق علام الغيوب﴾[٣]، وقال تعالى: ﴿بل نقذف بالحق على الباطل﴾[٤].

٢- وتارة يستعملونها بمعنى «الثابت» ، جاء فى أساس البلاغة حق الله الأمر حقا ... أثبته وأوجبه ، وحق الأمر بنفسه حقا وحقوقا[٥] ... صار وثبت.

---

(١) التعريف بالحق فى الشريعة الإسلامية ، الأستاذ الدكتور/ مصطفى محمد عرجاوى، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، العدد الثالث، سنة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، ص ٢٨٠.

(٢) سورة البقرة الآية: ٤٢ ، تفسير القرطبى، ج-١ ص ٢٩٠ ، ٢٩١ ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر للفقيه محمد بن سليمان المعروف بداماد ، جـ٢ ص ٩٠، مطبعة دار إحياء التراث العربى.

(٣) سورة سبأ الآية: ٤٨ ، تفسير القرطبى، جـ٦ ص ٥٣٩٤ ، والمصباح المنير، جـ١ ص ١٩٧ ، المطبعة الأميرية سنة ١٩٢٢.

(٤) سورة الأنبياء الآية: ١٨.

(٥) أساس البلاغة للزمخشرى، مادة / محقق، ص ١٨٧ ، ١٨٨ ، والقاموس المحيط، جـ٣ ص٢٢١ ، ط سنة ١٣٣٠هـ.

ومن هذا المعنى قوله تبارك وتعالى: ﴿قال الذين حق عليهم القول ربنا هؤلاء الذين أغوينا﴾[١]، ومعناه قال الذين ثبت عليهم، وقوله تعالى: ﴿فريقا هدى وفريقا حق عليهم الضلالة﴾[٢]، أى ثبت بثبوت أسبابها الكسبية[٣]. وقال الكندى «الحق الموجود والمراد به هنا: حكم يثبت»[٤]. وقوله تعالى: ﴿ولكن حقت كلمة العذاب على الكافرين﴾[٥]، أى وجبت وثبتت، ولذلك ﴿لقد حق القول على أكثرهم فهم لايؤمنون﴾[٦].

٣- وتستعمل كلمة الحق بمعنى «الواجب» يقال أحققت الشئ، أوجبته، قال تعالى: ﴿ولكن حق القول منى﴾[٧]، وقال تعالى: ﴿وإذا أردنا أن نهلك قرية أمرنا مترفيها ففسقوا فيها فحق عليها القول فدمرناها تدميرا﴾[٨]، أى فوجب عليها الوعيد[٩]، وقال تعالى: ﴿لاجناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين﴾[١٠]، أى واجبا على المحسنين، ويقال حق الشئ وأحقه أوجبه، ويقال أحق الرجل أى قال شيئا أو ادعى شيئا فوجب له، والأمر يحق ويحق وجب، والحقيقة وهى مشتقة من المادة، مايجب عليك أن تحميه وهو مجاز.

---

(١) سورة القصص الآية: ٦٣ . لسان العرب لمحمد بن مكرم بن منظور، طبع دار صادر ودار بيروت ، الحقوق والواجبات فى الإسلام لأستاذنا الدكتور/ محمد رأفت عثمان، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م ، نشر دار الكتاب الجامعى، ص ٨.

(٢) سورة الأعراف الآية: ٣٠ ، وتفسير المنار، جـ٨ ص ٣٧٦.

(٣) تفسير القرطبى، جـ٣ ص ٢٦٢٤ ، طبعة دار الشعب بمصر، وتفسير المنار، جـ٨ ص ٣٨٦.

(٤) نور الأنوار شرح المنار، جـ٢ ص ٢١٦.

(٥) سورة الزمر الآية: ٧١ ، وتفسير القرطبى، جـ٧ ص ٥٧٢٨.

(٦) سورة يس الآية: ٧.

(٧) سورة السجدة الآية: ١٣.

(٨) سورة الأسراء الآية: ١٦.

(٩) تفسير القطربى، جـ١٠ ص ٢٣٤.

(١٠) سورة البقرة الآية: ٢٣٦.

٤- وتستعمل كلمة الحق أيضا بمعنى «الحظ والنصيب» ، ومنه قوله تعالى: ﴿قالوا لقد علمت مالنا فى بناتك من حق﴾[١]، وقوله تعالى: ﴿والذين فى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم﴾[٢]، فالحق المعلوم هو الزكاة المفروضة[٣]. وقال -ﷺ-: «إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث»[٤]، أى أن الله سبحانه قد أعطى كل ذى نصيب حظه ونصيبه المفروض له. والحق بمعنى «النصيب» هو المعنى القريب من الاصطلاح القانونى لكلمة حق[٥].

٥- وورد الحق اسم لله تعالى أو صفة له[٦]، والثابت بلاشك ، وذلك كما فى قوله تعالى: ﴿ذلك عيسى بن مريم قول الحق الذى فيه يمترون﴾[٧]، وقال تعالى: ﴿إنه لحق مثل ما أنكم تنطقون﴾[٨]، وقال تعالى: ﴿وردوا إلى الله مولاهم الحق﴾[٩]، وقال تعالى: ﴿ثم ردوا إلى الله مولاهم الحق﴾[١٠]، وقال تعالى: ﴿ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والأرض ومن فيهن﴾[١١]، فالحق هو والله تعالى والمعنى لو جعل مع نفسه كما يحبون شريكا لفسدت السماوات والأرض.

٦- وورد الحق أيضا بمعنى القرآن والإسلام[١٢]، وذلك كما فى قوله

---

(١) سورة هود الآية: ٧٩.
(٢) سورة المعارج الآيتان: ٢٤ ، ٢٥.
(٣) تفسير فتح القدير الجامع بين فنى الرواية والدراية من علم التفسير للعلامة محمد بن على بن محمد الشوكانى، جـ٥ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ ، طبعة دار المعرفة بلبنان.
(٤) اخرجه ابو داود فى كتاب الوصايا ، جـ٢ ص ١١٣ ، ١١٤ ، طبعة مصطفى الحلبى.
(٥) أصول الحق، د. مختار القاضى، ص ٢٤ ،طبعة ١٩٦٧ ، الحقوق والواجبات فى الإسلام، ص٨.
(٦) القاموس المحيط ، ولسان العرب ، مادة ح ق ق .
(٧) سورة مريم الآية: ٣٤ ، تفسير القرطبى، جـ١١ ص ١٠٥.
(٨) سورة الذاريات الآية: ٢٣.
(٩) سورة يونس الآية: ٣٠ ، وتفسير الطبرى، جـ١١ ص ١١٣
(١٠) سورة الانعام الآية: ٦٢.
(١١) تفسير القرطبى، جـ٥ ص ٢٥٣٢ ، طبعة دار الشعب.
(١٢) القاموس المحيط ، جـ٣ ص ٢٣٨ ، لسان العرب، جـ١١ ص ٣٣٢ ، مادة حقق.

تعالى: ﴿يا أيها الناس قد جاءكم الرسول بالحق من ربكم﴾[١]، وقوله تعالى: ﴿قل جاء الحق وما يبدئ الباطل وما يعيد﴾[٢]، وقال تعالى: ﴿بل كذبوا بالحق لما جاءهم فهم فى أمر مريج﴾[٣].

٧- وورد الحق بمعنى «الصدق»[٤]، قال تعالى: ﴿نزل عليك الكتاب بالحق﴾[٥]، وقال تعالى: ﴿تلك آيات الله نتلوها عليك بالحق﴾[٦].

٨- ومن معانى الحق أيضا «العدل»[٧]، وذلك كما فى قوله تعالى: ﴿والوزن يومئذ الحق﴾[٨]، وقال تعالى: ﴿فاحكم بين الناس ولاتتبع الهوى﴾[٩]، وقال تعالى: ﴿فإذا جاء أمر الله قضى بالحق﴾[١٠].

٩- وورد الحق أيضا بمعنى «اليقين»[١١]، وذلك كما فى قوله تعالى: ﴿وما يتبع أكثرهم إلا ظنا ، إن الظن لايغنى عن الحق شيئا﴾[١٢].

ومما سبق ذكره يتضح أن لكلمة الحق فى اللغة ، عدة معان ، منها: مايختص به الإنسان سواء أكان فردا أم جماعة ، ومنها: ما يثبت للإنسان أو عليه قبل غيره ، ومنها: الشئ الموجود الذى لايشك فى وجوده. وظاهر أن كل ذلك راجع -فى الحقيقة- إلى معنى واحد هو الثبوت والوجوب.

---

(١) سورة النساء الآية: ١٧٠ ، تفسير القرطبى، جـ٦ ص ٢٠ ، تفسير الطبرى، جـ١ ص ٣٣.
(٢) سورة سبأ الآية: ٤٩ ، تفسير القرطبى، جـ١٤ ص ٣١٣.
(٣) سورة ق الآية: ٥ ، وتفسير القرطبى، جـ٧ ص ٦١٧٤.
(٤) لسان العرب مادة حقق ، جـ١١ ص ٣٣٤ ، القاموس المحيط، جـ٣ ص ٢٣٨.
(٥) سورة آل عمران الآية: ٣ ، تفسير القرطبى، جـ٤ ص ٥ ، تفسير الطبرى، جـ٣ ص ١٠٢.
(٦) سورة آل عمران الآية: ١٠٨ ، وتفسير الطبرى، جـ٤ ص ٤١.
(٧) القاموس المحيط، مادة حقق.
(٨) سورة الأعراف الآية: ٧ ، تفسير الطبرى، جـ٧ ص ١٦٤.
(٩) سورة ص الآية: ٢٦ ، تفسير فتح القدير، جـ٣ ص ٤٦٣ ، تفسير الطبرى، جـ٢٣ ص ١٥١.
(١٠) سورة غافر الآية: ٧٨ ، وتفسير الطبرى، جـ٢٤ ص ٧٨.
(١١) القاموس المحيط مادة حقق، جـ٣ ص ٢٣٨.
(١٢) سورة يونس الآية: ٣٦ ، تفسير القرطبى، جـ٨ ص ٣٤٣ ، تفسير فتح القدير، جـ٢ ص ٤٤٥.

ولفظ «الحق» يختلف المراد منه على سبيل التعيين في القرآن الكريم باختلاف المقام الذي وردت فيه الآيات.

ومعناه العام لايخلو من معنى الثبوت والوجوب والحظ والنصيب ، جاء في التعريفات لابي الحسن على بن محمد على الجرجاني «الحق في اللغة: هو الثابت الذي لايسوغ انكاره».

وفي اصطلاح أهل المعاني «هو الحكم المطابق للواقع يطلق على الأقوال والعقائد والأديان والمذاهب باعتبار اشتمالها على ذلك ويقابله الباطل»[١].

وقال القرافي: حق الله: أمره ونهيه ، وحق العبد: مصالحه[٢].

وجاء في حاشية الرهاوي مع شرح المنار في أصول الفقه الحنفي «الحق في اللغة عبارة عن الموجود من كل وجه وجودا لاشك فيه»[٣]، ومنه هذا الدين حق ، أي موجود بذاته صورة ومعنى ولفلان حق في ذمة فلان ، أي شئ موجود من كل وجه.

وجاء في حاشية قمر الأقمار على شرح الأنوار وهي حاشية موجودة في كتاب شرح المنار أن الحق هو «الموجود» ، ومراد به «حكم يثبت»[٤].

وهذه تعريفات كما هو واضح تدور حول المعنى اللغوي ، ومما يؤكد هذا المعنى أن الفقهاء استعملوا الحق فيما ثبت لإنسان بمقتضى الشرع من أجل صاحله أو عليه قبل غيره. ولذا يطلقونه على كل عين أو مصلحة تكون للإنسان بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها أو منعها من غيره أو بذلهما أو التنازل

(١) التعريفات للجرجاني، النظريات الفقهية، الدكتور/ أحمد طه عطية أبو الحاج، الطبعة الأولى، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩ ، ص ٤.
(٢) الفروق للقرافي، جـ١ ص ١٤٠ ، ١٤٢.
(٣) حاشية الرهاوي مع شرح المنار، ص ٨٨٦.
(٤) حاشية قمر الأقمار على شرح الأنوار، جـ٢ ص ٢١٦.

عنها[١].

هذا ولقد ورد لفظ «الحق» فى القرآن الكريم ١٩٤ مرة ، ولفظ «حق» ٣٣ مرة ، ولفظ «حقا» ١٧ مرة ، ولفظ «حقه» ثلاث مرات[٢].

وكلمة الحق من الألفاظ المشتركة فى اللغة وهى تتسع لما اصطلح على تسميته عند القانونيين بالحق وما اصطلح على تسميته بالالتزام والدين.

الفرع الثانى

تعريف الحق فى الاصطلاح

أ- معنى الحق عند علماء أصول الفقه:

لقد تعددت اتجاهات ومذاهب علماء أصول الفقه الإسلامى فى تعريف الحق، كما يلى:

فمن الأصوليين من لم يذكر تعريفا للحق لأسباب عديدة من أهمها: شيوع الحق ووضوحه بحيث أصبح لايحتاج إلى تعريف ، ولذلك يتجهون مباشرة إلى تعريف كل نوع من أنواع الحق[٣].

واتجه بعض الأصوليين فى تعريفهم للحق إلى تغليب المعنى اللغوى على المعنى الاصطلاحى ويبدو ذلك فى تعريفهم للحق بأنه:

«الموجود من كل وجه الذى لاريب فى وجوده ومنه: السحر حق ، أى

---

(١) المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه ، د. محمد مصطفى شلبى، هامش ص ٣٣١ ، طبعة ٣ ، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، دار النهضة العربية.

(٢) المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم للمرحوم محمد فؤاد عبد الباقى.

(٣) الحق والذمة ، للشيخ على الخفيف، ص ٣٧ ، المدخل للفقه الإسلامى، للدكتور محمد سلام مدكور، ص ٤٧٠، مطبعة السباعى بمصر ، حق النفقة الزوجية - دراسة مقارنة - لأستاذنا الدكتور/ على أحمد مرعى، الطبعة الأولى سنة ١٩٨٣ ، ص ٧ ، والحق فى الشريعة الإسلامية، دكتور/ محمد طموم، ص ١٧ وما بعدها.

موجود بأثره ، وهذا الدين حق ، أي موجود صورة ومعنى ، ولفلان حق في ذمة فلان ، أي شئ موجود من كل وجه»[١]. وهذا التعريف هو عين المعنى اللغوي.

ومنهم من عرف الحق بأنه: «الحكم الذي يشتمل على الأمر والنهي».

وقد ذكر بعضهم الحق وأنواعه تحت عنوان الحكم وقسم الأحكام إلى ثلاثة أقسام: حقوق الله ، وحقوق العباد ، والحقوق المشتركة. ومعنى ذلك أن تعريف الحق هو تعريف الحكم.

والحكم عند الأصوليين هو: «خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين ، بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع»[٢].

وعلى رأس من ذهب إلى هذا الرأي: فخر الإسلام البزدوي ، فقد جاء في كتابه كشف الأسرار مانصه «أما الاحكام فأنواع: الأول حقوق الله عز وجل خالصة ، والثاني حقوق العباد خالصة ، والثالث ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب ، أو ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب ... الخ»[٣].

---

(١) اصول البزدوي للعلامة على بن محمد فخر الإسلام البزدوي مع شرحه كشف الأسرار لعبد العزيز بن أحمد البخاري، جـ٤ ص ١٣٤ ، وحق النفقة الزوجية، ص ٧ ، والتصرف الانفرادي والارادة المنفردة، للشيخ على الخفيف، ص ١٠.

(٢) الحكم في اللغة: يطلق على معان كثيرة منها:

١- العلم والفقه: قال تعالى: ﴿وآتيناه الحكم صبيا﴾ «سورة مريم الآية: ١٢» ، أي علما وفقها.

٢- القضاء: قال تعالى: ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾ «سورة النساء الآية: ١٠٥» ، فالحكم مصدر قولك حكم بينهم يحكم أي قضى ، «لسان العرب، جـ٢ ص ٩٥١ ، ٩٥٣ ، ومختار الصحاح ص ١٤٨ ، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب ، جـ١ ص ٢٢ ، وغاية الوصول، ص ٦ ، وإرشاد الفحول، ص ٦».

(٣) كشف الأسرار للبزدوي جـ٤ ص ١٣٤ ، ١٣٥.

وقد أيد فخر الإسلام البزدوى فى هذا الاتجاه الإمام القرافى[١]، فقال فى معنى الحق: «حق الله أمره ونهيه ، وحق العبد مصالحه والتكاليف على ثلاثة أقسام: حق الله تعالى فقط كالايمان وتحريم الكفر ، وحق العباد فقط كالديون والأثمان ، وقسم اختلف فيه هل يغلب حق الله أو يغلب حق العبد كحد القذف ونعنى بحق العبد المحض أنه لو أسقطه لسقط وإلا فما من حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى وهو أمره بايصال ذلك الحق إلى مستحقيه»[٢]. وعلى ذلك فان الحق عند القرافى يعنى ، الأمر والنهى.

ومن الأصوليين الذين عرفوا الحق تعريفا اصطلاحيا من مال إلى أن الحق متعلق الحكم وهو الفعل.

وذهب إلى هذا سعد الدين مسعود بن عمر التفتازانى - المتوفى سنة ٧٩٢هـ - حيث قال: «المحكوم به -هو مايسمى المحكوم فيه- وهو الفعل الذى تعلق به خطاب الشارع فلابد من تحققه حسا أى من وجوده فى الواقع بحيث يدرك الحس أو بالعقل إذ الخطاب لايتعلق بما لايكون له وجود اصلا ثم المحكوم به -وهو المحكوم فيه- أما حقوق الله تعالى أو حقوق العبد أو ما اجتمعا فيه وأحدهما غالب. والمراد حق الله مايتعلق به النفع العام من غير اختصاص باحد فينسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه وإلا فباعتبار التخليق الكل سواء فى الإضافة إلى الله تعالى ولله تعالى مافى السموات وما فى الأرض وباعتبار التضرر أو الانتفاع هو متعال عن الكل. ومعنى حق العبد مايتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير»[٣].

---

(١) هو أحمد بن ادريس بن عبد الرحمن أبو العباس شهاب الدين الصنهاجى القرافى من علماء المالكية -والقرافى نسبة إلى القرافة محله مجاورة لقبر الإمام الشافعى بالقاهرة وهو مصرى المولد والمنشأ والوفاة . له مصنفات جليلة فى الفقه والأصول ، توفى سنة ٦٨٤هـ ، موسوعة الفقه الإسلامى، جـ١ ص ٢٧٢.

(٢) الفروق للقرافى، جـ١ ص ١٤٠ ، الفرق الثانى والعشرون.

(٣) التلويح على التوضيح لمتن التنقيح، جـ١ ص ١٥٠ ، ١٥١.

وقريب من هذا قول من قال: «حق الله تعالى هو متعلق أمره ونهيه الذى هو عين عبادته لانفس أمره ونهيه المتعلق بها»[١].

ولقد عبر الإمام الشاطبى عن الحق بمضمونه ، فقال فى ذلك: «إن كل حكم شرعى ليس بخال عن حق الله تعالى ، وهو جهة التعبد ، فان حق الله على العباد أن يعبدوه ولايشركوا به شيئا ، وعبادته -هى امتثال لأوامره واجتناب نواهيه باطلاق. كما أن كل حكم شرعى فيه حق للعباد إما عاجلا وإما آجلا بناء على أن الشريعة إنما وضعت لمصالح العباد ، ولذلك قال فى الحديث «حق العباد على الله إذا عبدوه ولم يشركوا به شيئا ألا يعذبهم».

وعادتهم فى تفسير حق الله ، أنه ما فهم من الشرع أنه لاخيرة فيه للمكلف كان له معنى معقول أو غير معقول وحق العبد ما كان راجعا إلى مصالحة فى الدنيا ، فان كان من المصالح الأخروية فهو من جملة ما يطلق عليه حق الله.

ومعنى التعبد عندهم أنه مالايعقل معناه على الخصوص ، وأصل العبادات التى ترجع إلى حق الله أو حق الآدمى ثلاثة أقسام:

أحدها: ماهو حق الله خالصا كالعبادات وأصله التعبد[٢]، إلى اخره.

فالشاطبى رحمه الله لم يقل أن الحق هو الحكم ولم يقل أيضا أن الحق هو الفعل وإنما عبر بأن كل حكم شرعى ليس بخال عن حق الله تعالى وحق العباد وكذلك الوضع بالنسبة إلى الفعل وفى هذا من الدقة ما فيه غير أنه لم يذكر تعريفا صريحا للحق[٣].

---

(١) تهذيب الفروق والقواعد السنية فى الأسرار الفقهية ، للشيخ محمد على حسين، جـ١ ص ١٥٧، طبعة دار المعرفة - بيروت.

(٢) الموافقات فى أصول الشريعة لابى اسحاق الشاطبى، جـ٢ ص ٢٢١، المطبعة السلفية.

(٣) حق النفقة الزوجية، دكتور/ على أحمد مرعى، ص ١٠ ، موسوعة الفقه الإسلامى، جـ١ ص٢٦٢.

والشاطبى رحمه الله وإن كان لم يصرح بتعريف للحق إلا أنه يظهر من عبارته أو من تعليله أن الفعل جزء من تعريف الحق لأن الحق عنده نوعين إما لله وإما للعبد ، وكل منهما لايوجد بدون فعل فى الغالب.

ب- تعريف الحق عند الفقهاء القدامى:

عرف صاحب البحر الرائق الحق بأنه هو «مايستحقه الرجل» وهو الموجود من كل وجه ولاريب فى وجوده[١].

ويلزم من تعريف صاحب البحر الرائق للحق الدور ، والدور محال عند المناطقة.

فلفظ «يستحقه» فى التعريف والاستحقاق مشتق من الحق. وعلى ذلك فقد توقف معرفة الاستحقاق على معرفة الحق وتعريفه ومعرفة الحق متوقفة على معرفة الاستحقاق وتعريفه. ومعنى ذلك توقف معرفة الشئ على نفسه وهو مايسمى بالدور والدور باطل يفسد التعريف.

وعرف ابن تيمية الحق بقوله: «الملك هو القدرة الشرعية على التصرف فى الرقبة»[٢].

والفقهاء القدامى يطلقون فى عباراتهم كلمة الحق على معان مختلفة ومتعددة ومن هذه المعانى[٣]:

---

(١) البحر الرائق، جـ٦ ص ١٤٨.

(٢) مجموع الفتاوى، جـ٢٩ ص ١٢٨.

(٣) الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلى الحنفى، جـ٢ ص ١٢ - ١٤ ، تحقيق د. محمد طموم ، الاشباه والنظائر، ص ١٢١ ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، للدكتور/ عبد الرازق السنهورى، جـ١ ص ١٤ ، النظريات الفقهية ، دكتور/ احمد طه عطيه أبو الحاج، الطبعة الأولى، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، ص ٥.

١- الاطلاق العام «الشمول»:

أ- يطلق الحق فيشمل كل عين أو مصلحة تكون للشخص بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها أو منعها من غيره أو بذلها له أو التنازل عنها فيطلق الحق على الأعيان المملوكة ويطلق على الملك نفسه ويطلق على المنافع والمصالح كما يطلق على الأمور الاعتبارية ، كحق التعليم وحق الحرية.

ب- يطلق الحق على مقابل الاعيان والمنافع: فيراد به المصالح الاعتبارية الشرعية كحق الشفعة وحق الجار وحق الطلاق وحق الولاية وحق القصاص وهذه الحقوق تثبت للشخص وتكون له الحرية فى استيفائها أو عدم استيفائها.

جـ- اطلاق الحق على الآثار أو الالتزامات -التى تترب على العقد- وتتصل بتنفيذ احكامه مثل تسليم الثمن الحال أولا ثم تسليم المبيع عند بعض الفقهاء ، أى تمكين كل عاقد من استيفاء ما خوله له العقد من حقوق. ومن هذا القبيل قولهم: «ومن باع سلعة بثمن سلمه أولا تحقيقا للمساواة بين المتعاقدين لأن المبيع يتعين بالتعيين ، والثمن لايتعين إلا بالقبض ، فلهذا اشترط تسليمه إلا أن يكون مؤجلا ، لأنه أسقط حقه بالتأجيل فلا يسقط حق الآخر»[1].

٢- ومنها اطلاق الحق على مايمنح للقضاة والفقهاء من بيت المال:

مثل قول ابن نجيم «من له حق فى ديوان الخراج كالمقاتلة والعلماء وطلبتهم والمفتين والفقهاء يفرض لأولادهم تبعا ولا يسقط بموت الأصل ترغيبا»[2].

٣- ومنها اطلاق الحق على بعض مرافق العقار:

مثل حق الطريق وحق المسيل وحق الشرب وحق العلو.

(١) حق النفقة الزوجية، ص ١١ ، التصرف الإنفرادى والإرادة المنفردة للشيخ على الخفيف، ص ٩ ، والاختيار لتعليل المختار، جـ٢ ص ١٢، طبعة دار المعرفة - بيروت.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى المتوفى سنة ٩٧٠هـ، ص ١٢١، طبعة الحلبى ، الفروق للقرافى ، الفرق الخامس عشر والمائة.

ومن ذلك قــول بعض الفـقــهــاء «ولايدخل الطريق فى بيع مــاله طريق ، ولايدخل المسيل فى بيع مـاله مـسيل ، ولايدخل الشـرب فى بيع مـاله شـرب إلا بذكر نحو كل حق ، لأن هذه الأشياء تابعة من وجه باعتبار وجودها بدون المبيع فلا يدخل إلا بذكر نحو كل حق»(١).

٤- والحقوق المجردة ، وهى المباحات ، مثل حق التمليك وحق الخيار للبائع أو المشترى.

٥- اطلاقه على مايشمل جميع الحقوق المالية وغير المالية مثل قولهم: حقوق الله تعالى وحقوق العباد. ومن أمثلة حقوق العباد قول الفقهاء «ومن باع حال ثم أجله صح لأنه حقه الا ترى أنه يملك اسقاطه فيملك تأجيله»(٢).

جـ- تعريف الحق عند فقهاء المسلمين المعاصرين:

ذكر المعاصرون من الباحثين فى الفقه الإسلامى للحق تعريفات مستقلة بعبارات مختلفة:

١- فمنهم من عرف الحق بأنه «مصلحة»:

ومن هؤلاء الشيخ على الخفيف حيث عرف الحق بأنه: «مصلحة مستحقة شرعا»(٣)، أى أن الحق يطلق على كل عين أو مصلحة يكون للشخص بمقتضى الشرع سلطة المطالبة بها -كما يطلق أيضا على المصالح الاعتبارية الشرعية التى لاوجود لها إلا باعتبار الشارع وفرضه كحق الخيار وحق الشفعة(٤).

والمرحوم الشيخ عيسوى حيث عرف الحق بأنه: «مصلحة ثابتة للشخص

---

(١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، جـ٢ ص ٩١.
(٢) المراجع السابقة ومصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، للدكتور عبد الرازق السنهورى، جـ١ ص١٤.
(٣) الحق والذمة وتأثير الموت فيهما، ص ٣٧ ، التصرف الانفرادى والإرادة المنفردة، ص ١١.
(٤) أحكام المعاملات الشرعية ، الشيخ على الخفيف، هامش ث ٢٨ ، ٢٩.

على سبيل الاختصاص والاستئثار يقررها المشرع الحكيم»[١].

والدكتور محمد يوسف موسى حيث عرف الحق بأنه: «مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معا يقررها الشارع الحكيم»[٢].

والشيخ محمد مصطفى شلبي حيث عرف الحق بأنه: «كل مصلحة تثبت باعتبار الشارع»[٣].

ويؤخذ على تعريف من عرف الحق بأنه مصلحة:

١- أن المصلحة أثر من آثار الحق وليست هي عين الحق أو المصلحة هي ماينبغيه الإنسان أو الشخص من الحق فهو غاية ولاينبغي تعريف الحق بالغاية منه أو بأثره وإنما يكون التعريف ببيان حقيقة المعرف وإبراز جوهره ، والحق في حقيقته علاقة بين طرفين ، والمصلحة في اللغة هي الخير[٤].

٢- لايلزم دائما أن يترتب على الحق مصلحة لصاحبه وذلك مثل حقوق الله تعالى فهي ثابتة له وليست له مصلحة فيها لأنه سبحانه وتعالى غني عن العالمين.

٣- ويؤخذ على من عرف الحق بأنه مصلحة مستحقة شرعا إلى جانب ما تقدم أن لفظ مستحقة مشتق من الحق فيلزم الدور.

٤- ويؤخذ على من عرف الحق بأنه مصلحة ثابتة للشخص على سبيل الاختصاص والاستئثار يقررها المشرع الحكيم إلى جانب ماتقدم أن التعريف غير جامع لأنه لم يشتمل على حقوق الله تعالى[٥].

---

(١) المدخل للفقه الإسلامي، ص ٣٠٥ ، ومجلة العلوم القانونية والاقتصادية - السنة الخامسة- العدد الأول، ص ٨.

(٢) المدخل للفقه الإسلامي، ص ٢١١، الطبعة الثانية، ١٣٧٥هـ - ١٩٥٦م.

(٣) المدخل للفقة الإسلامي، ص ٢٣٨.

(٤) المصباح المنير، جـ١ ص ٤٧٢ ، المطبعة الأميرية.

(٥) حق النفقة الزوجية، ص ١٣ ، ومحاضرات في نظرية الحق، د. محمد المهدي، ص ٣٥ ، طبعة ١٩٨٤م، ص ٢٩.

ومن الفقهاء المعاصرين من يميل إلى تعريف الحق بأنه اختصاص ومن هؤلاء:

١- الدكتور مصطفى الزرقا حيث عرف الحق: «بأنه اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا»[1].

ويؤخذ على من عرف الحق بأنه اختصاص أن تعريف الحق بالاختصاص تعريف غير جامع لأنواع المعرف لعدم شموله للحق المشترك.

وعرف الشيخ محمد فهمى أبو سنة الحق بأنه: «ماثبت فى الشرع للإنسان أو لله تعالى على الغير»[2]. ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير جامع لأنه لايشمل حقوق الشخص الاعتبارى.

وأرى أن التعريف الراجع للحق أنه: «ما أدى شرعاإلى اختصاص بسلطة أو مطالبة بفعل أو ترك».

شرح التعريف:

لفظ «ما» كالجنس فى التعريف يشمل المعرف وغيره، والمراد منه هنا علاقة أو رابطة واتصال بين أركان الحق.

ولفظ «أدى» أى أفضى وأنتج أثره سواء بالنسبة لصاحب الحق أو من عليه الحق أو الشئ المستحق.

ولفظ «شرعا» إشارة إلى أن ما اعتبره الشرع حقا كان كذلك وما لم يعتبره حقا كان كذلك، فالشرع هو الذى يبين الحق ومن يثبت عليه. ويجرى هذا فى حقوق الله تعالى وفى حقوق العباد وأيضا لأن الشرع هو الذى يجعل

---

(١) الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد، جـ٢ ص ١١٠. الطبعة الثانية ١٩٤٩م، المدخل إلى نظرية الالتزام فى الفقه الإسلامى، ص ١٩، سنة ١٩٥٨م.

(٢) النظرية العامة للمعاملات، ص ٥٠، للشيخ أحمد فهمى أبو سنة، نظرية الحق -بحث فى الفقه الإسلامى- أساس التشريع، ص ١٧٣، للشيخ محمد فهمى أبو سنة.

لصاحب الحق حقا ولولا جعل الشارع لما كان له حق.

ولفظ «اختصاص» أى استئثار وانفراد على معنى أن الحق يؤدى إلى استئثار صاحبه وانفراده بالشئ المستحق من جهة السلطة أو المطالبة بالأداء أو التكليف.

ولفظ «بسلطة» المراد من السلطة حرية استعمال محل الحق والتصرف فيه على الوجه المشروع ، كالمطالبة بأداء الحقوق وسداد الديون والمطالبة بأداء سلوك معين ممن له ولاية عليه مثل الولد الصغير.

ولفظ «مطالبة إلى آخره» بيان لأنواع الحقوق سواء كانت حقوقا لله تعالى أو للعباد وسواء كانت المطالبة بالفعل أو بالترك على سبيل الجزم أولا[١].

الفـــرع الثالث

تعريف الحق فى القانون المدنى المصرى

الصلة بين الحق والقانون:

الإنسان لايعيش إلا فى مجتمع وبعبارة أخرى ، فان بنى آدم كما يقول ابن تيمية[٢] لايعيشون إلا باجتماع بعضهم مع بعض ومن الطبيعى أن تنشأ بين أعضاء المجتمع علاقات وأن تنشب بينهم خلافات وأنه لابد للاعتداءات من دفع ، وإلا فسدت الأرض ومن هنا ظهرت «السلطة» وظهر «القانون» لأن قيامها مع المجتمع ضرورة والسلطة تحكم بالقانون ولاتحكم إلا به.

فالصلة بين الحق والقانون صلة وثيقة لأنها صلة بين الغاية والوسيلة إذ

---

(١) حق النفقة الزوجية، ص ١٣ ، ١٤، الطبعة الأولى ١٩٨٣م ، والحق فى الشريعة الإسلامية، ص٣٩.

(٢) الحسبة فى الإسلام، ص ١٠٢.

أن الغاية التى يرجوها المشرع الوضعى من وضع التشريع ، هى الوصول إلى تنظيم عادل للحقوق. فالقانون إذن وسيلة لغاية هى تنظيم الحقوق.

فالقانون هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات والروابط المختلفة بين الأشخاص ، والتى تحملهم السلطة على احترامها -ولو قهرا- اذ اقتضى الحال(١).

فالقانون يقصد تحقيق التناسق الاجتماعى عن طريق بيان الأفعال الجائزة وهذه هى الحقوق وبيان الأفعال المفروضة وهذه هى الواجبات(٢).

فالقانون عندما يقرر حقا معينا من الحقوق ينشئ فى ذات الوقت واجب احترام هذا الحق ، ومن ثم يتعين القول بأن كل حق يقابله واجب هو واجب عدم التعرض لصاحب الحق فى مباشرة حقه وهذا الواجب عام أى مقرر على الكافة وهم جميع الأشخاص ماعدا صاحب الحق ويقال عنه بأنه واجب سلبى بمعنى أنه لايلزم الكافة بالقيام بعمل معين لصالح الحق ، بل مجرد احترام الحدود المرسومة لحقه فكل واحد فى المجتمع مكلف مثلا بعدم الاعتداء على حق غيره فى السكن أو التنقل المشروع.

المذاهب القانونية المختلفة فى التعريف بالحق:

حاول فقهاء القانون وضع تعريف للحق وتفرقت وجهات النظر فكل اتجاه يجيز تعريفا يؤكد فيه على جانب من جوانب الحق ، ويمكن رد كل التعريفات التى اقترحها فقهاء القانون إلى أربعة مذاهب الحدث عنها بايجاز.

---

(١) الإسلام وحقوق الإنسان ، للأستاذ القطب محمد القطب طبليه، ص ٣٤ وما بعدها.

(٢) أصول الحق ، د. مختار القاضى، ص ٥ وما بعدها ، طبعة ١٩٦٧م ، ومبادئ القانون، د. عبد المنعم البدراوى، ص ٢٥٩ فقرة ١٧٥، طبعة ١٩٧٠م ، الوجيز فى المدخل لدراسة القانون، ص ٧، طبعة ١٩٧٠م ، فكرة الحق، د. حمدى عبد الرحمن، ص ٣ وما بعدها، طبعة ١٩٧٩م ، والتعريف بالحق فى الفقه الإسلامى أ.د. مصطفى محمد عرجاوى، ص ٢٨٠.

أولا : المذهب الشخصى فى التعريف بالحق.

ثانيا: المذهب الموضوعى فى التعريف بالحق.

ثالثا: المذهب المختلط فى التعريف بالحق.

رابعا: التعريف المختار للحق.

اولا: تعريف المذهب الشخصى للحق:

وينظر أصحاب هذا المذهب كما هو ظاهر من تسميته إلى الحق من زاوية صاحبه ويعرفونه بأنه: «سلطة إرادية يستعملها صاحب الحق فى حدود القانون وتحت حمايته» ، أو هو: «قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون لشخص معين فى نطاق معلوم»[١]. ويسمى أصحاب هذا المذهب بنظرية الإرادة لأن لصاحب الحق إرادة مهيمنة فى نطاق معلوم[٢].

«فحق الدائنين» مثلا: قدرة للدائن على أن يقتضى من المدين عملا أو شيئا ما كمبلغ من النقود مثلا أو يتنازل عنه ، وهذا يعنى أن إرادة صاحب الحق تكون هى الحاسمة فى إنشاء الحقوق أو تعديلها أو زوالها.

ويرجع تاريخ هذا المذهب إلى القانون الرومانى حيث كان الرومان ينظرون إلى الالتزام من ناحيته الشخصية فقط ويذهبون إلى أنه رابطة قانونية بين الدائن والمدين فى صورة سلطة تعطى للدائن على جسم المدين ثم تطورت إلى حد حبس المدين ثم تطور الأمر بعد ذلك وأصبحت هذه السلطة قاصرة على التنفيذ فى مال المدين.

---

(١) المدخل إلى القانون، د. حسن كيرة ، طبعة ١٩٧٤م ، فقرة ٢٢٧ ص ٤٣١ ، المدخل للعلوم القانونية -القسم الثانى- ، نظرية الحق، د. توفيق حسن فرج، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨١م، فقرة ٢٦٥ ص ٤٤٠ ، مبادئ القانون، د. عبد المنعم البدراوى، طبعة ١٩٧٠م، فقرة ١٧٧ ص ٢٦١.

(٢) محاضرات فى النظرية العامة للحق، د. إسماعيل غانم، الطبعة الثانية، سنة ١٩٥٨م، ص٩.

وهذا المذهب انتقل إلى الفقه الفرنسى حيث نجدهم يعرفون الالتزام بانه علاقة قانونية بين شخصين[١].

ويعتبر سافينى "Savigny" الفقيه الألمانى من أبرز زعماء هذا الإتجاه وتعتبر هذه النظرية من أقدم النظريات التى تعرضت لتعريف الحق حتى أنها سميت «بالنظرية التقليدية»[٢].

الانتقادات التى وجهت إلى هذا المذهب:

لقد تعرض هذا المذهب لنقد شديد ، من ذلك:

١- أنه يربط بين الحق والإرادة ، فى حين أن الحق قد يثبت لشخص دون آن تكون له إرادة كما فى حالة المجنون والطفل غير المميز. وقد يثبت للشخص دون علمه كما فى حالة الغائب والحق فى الإرث والحق فى الوصية لايثبتان بارادة صاحبهما بل بمجرد موت المورث أو الوصى لأن القانون يقرر الحقوق غير العقدية دون أن يلتفت لإرادة من يقدرها[٣].

٢- ومن ناحية أخرى فان هذا المذهب يخلط بين الحق وبين استعماله ، فالحق قد يثبت للشخص -كما سبق القول- دون أن تكون له إرادة أو دون علمه أما استعمال الحق وممارسته فلا يكون إلا بتدخل الإرادة ، ولذلك فانه فى حالة الطفل غير المميز ، فان الحق يثبت له ولكن يباشره وليه أو وصيه نيابة عنه لأن اعمال الحق يكون بمباشرة ما يخوله من سلطات ويرد اعتداء الغير عليه ، فالسلطة الأبوية التى تثبت للأب ولايستطيع أن يتنازل عنها فكلها مقررة بقوة

---

(١) الوسيط فى شرح القانون المدنى، د. عبد الرازق السنهورى، جـ١ ص ١١٩، طبعة ١٩٦٤م ، مصادر الالتزام، د. عبد المنعم فرج الصدة، ص ١٥ ، ١٦ ، طبعة ١٩٦٩م.

(٢) المدخل لدراسة القانون -الكتاب الثانى- ، مقدمة القانون المدنى، د. أحمد سلامة، طبعة ١٩٦٣م، ص ١٣٧.

(٣) مبادئ القانون، ص ٢٦٢ ، المدخل إلى القانون، د. حسن كيرة، ص ٤٣٢ ، المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ص ٤٤٣ - المراجع السابقة.

القانون ولادخل للإرادة فى إنشائها[١].

٣- وأيضا فان اتجاه هذا المذهب يتنافى مع وجود أشخاص معنوية أو اعتبارية «الشركات أو الجمعيات» بحيث تثبت لها حقوق كالأشخاص الطبيعية لأنه من الصعب التسليم بأن للأشخاص الاعتبارية أو المعنوية إرادة حقيقية كارادة الأشخاص الطبيعيين وبالتالى فليس لهم حقوق مع أن من الأمور المسلم بها أن للأشخاص المعنوية حقوقا تثبت لها كما تثبت للأشخاص الطبيعيين.

وبالتالى ثبت أن تعريف المذهب الشخصي للحق بأنه قدرة إرادية غير مقبول ويرفضه الواقع القانونى[٢].

ثانيا: تعريف المذهب الموضوعى للحق:

هذا المذهب ينظر أصحابه إلى موضوع الحق لا إلى شخص صاحبه ، والحق وفقا لهذا المذهب: «مصلحة يحميها القانون»[٣]، أو هو: «القدرة على القيام باعمال معينة لتحقيق مصلحة يحميها القانون»[٤].

وعنصرى الحق كما هو واضح من التعريف هما المصلحة أو الفائدة «المادية أو الأدبية» التى تتحقق لصاحب الحق والتى تتمثل فى منفعة أو مغنم معين ، فكل حق وله غاية معينة يحققها لصاحبه وهذا هو العنصر الموضوعى والحماية القانونية أى الدعوى القضائية وهذا هو العنصر الشكلى.

---

(١) المدخل لدراسة القانون، د. احمد سلامة، فقرة ٧٥ وما بعدها، ص ١٣٦ المرجع السابق ، المدخل إلى علم القانون -الكتاب الثانى- ، نظرية الحق، د. على سيد حسن، دار النهضة العربية، ص ١٦ وما بعدها.

(٢) المراجع السابقة، ومحاضرات فى نظرية الحق، د. لاشين الغاياتى، سنة ١٩٧٩م، ص ٥.

(٣) د. احمد سلامة، فقرة ٧٧ ص ١٤٠ ، د. توفيق حسن فرج، فقرة ٢٦٦ ص ٤٤٥ ، د. حسن كيرة، فقرة ٢٢٨ ص ٤٣٣ المراجع السابق ، الحق فى الشريعة الإسلامية، د. محمد طموم، ص ٣٩.

(٤) النظرية العامة للحق، د. شفيق شحاتة، فقرة ٧ ، ٨.

فالمصلحة إذا ما اقترنت بالحماية القانونية عن طريق الدعوى انتجت وجود الحق[١].

وعلى ذلك فكل علاقة قانونية يكون فيها أحد الطرفين ملتزما قبل الآخر بعمل يتمخض عن مصلحة له يسمى الطرف الدائن فيها صاحب حق شخصى ويسرى ذلك على العقود والأفعال الضارة والنافعة على السواء ، فكل من طرفى العقد له حق شخصى قبل صاحبه ، فالمشترى له حق تسليم المبيع والبائع له حق قبض الثمن ، والمضرور له حق التعويض قبل من اضر به بخطئه ، وفى مقابل الحق يقع الواجب أو التكليف أو الالتزام على الطرف الآخر فاذا وفى بما وجب عليه أو ماالتزم به اختيارا كان وجود سلطة الدائن لاقتضاء حقه جبرا ، أو عدم وجودها أمر غير منظور إليه فى تحديد صفة الحق وما يخوله لصاحبه من سلطة يستطيع بها اقتضاء حقه جبرا عن الملتزم بأدائه إليه. أما اذا لم يوف المدين أو الملتزم بما عليه جرى البحث فيما يخوله الحق الشخصى لصاحبه من سلطة أو وسيلة لاقتضاء حقه جبرا عن المدين به.

وزعيم هذا المذهب هو الفقيه الألمانى «أهرنج» الذى كان من أشد فقهاء القانون مهاجمة للإتجاه الشخصى وإليه ينسب.

وممن يأخذون بهذا المذهب فى الفقه المصرى الأستاذ الدكتور عبد الرازق السنهورى حيث يقول: «الحق مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون»[٢].

الانتقادات التى وجهت إلى هذا المذهب:

١- عيب على هذا المذهب أنه عرف الحق بالغاية منه وهى المصلحة التى تعتبر هدفا للحق لاركنا فيه فهو لم يبين جوهر الحق ولم يبين ماهيته ،

---

(١) د. احمد سلامة، فقرة ٧٧ ص ١٤٠ ، د. توفيق حسن فرج، فقرة ٢٦٦ ص ٤٥٥ المراجع السابقة.

(٢) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، معهد البحوث والدرسات العربية، طبعة ١٩٦٧م ، نظرية الحق، د. حسنى عباس، ١٩٥٧م، ص ٣.

فالتعريف الكامل لابد وأن يشتمل على كافة أفراد المعرف مبينا لحقيقته وجوهره لا لغايته فحسب.

٢- فضلا عن ذلك فان الحماية القانونية للحق عن طريق الدعوى تأتي كنتيجة لحق قائم فعلا فهي لاحقة عليه وليست جزءا منه. فليس صحيحا أن يقال أن مايعتبر حقا هو كذلك لان القانون يحميه. بل الصحيح أن يقال أن القانون يحميه لأنه حق.

نخلص من هذه الانتقادات إلى أن المذهب الموضوعي عاجز عن تعريف الحق تعريفا يبين مقوماته الجوهرية وخصائصه الذاتية[١].

ثالثا: تعريف المذهب المختلط للحق:

حاول أصحاب هذا المذهب تعريف الحق عن طريق الجمع بين المذهبين الشخصي والموضوعي «أي بين الإرادة والمصلحة». لأن الإرادة ليست هي جوهر الحق وإن كانت لازمة لمباشرة السلطات التي يخولها الحق ولاقتضاء احترام الغير. وكذلك ليست المصلحة هي جوهر الحق، وإن كانت هي غاية الحق أو الهدف المقصود منه وعلى أساسها يتحدد شخص صاحبه[٢].

وإذا كان أنصار هذا المذهب يتفقون في هذا الجمع فانهم لم يتفقوا على أي العنصرين «الإرادة أو المصلحة» تكون له الأهمية فيبدؤن به، فمنهم من يقدم الإرادة في التعريف على المصلحة فيعرف الحق بأنه: «قدرة إرادية أعطيت لشخص في سبيل تحقيق مصلحة محمية». ومنهم من يقدم المصلحة على الإرادة فيعرف الحق بأنه: «مصلحة محمية تسهر على تحقيقها والدفاع عنها

---

(١) مبادئ القانون، د. عبد المنعم بدراوي، ص ٢٦٤ ، الإسلام وحقوق الإنسان، الأستاذ الدكتور القطب محمد القطب، ص ٤٢ ، د. توفيق حسن فرج، ص ٣٣٧ ، د. أحمد سلامة، ص١٤٢، دروس في نظرية الحق، طبعة ١٩٥٥م ، د. جميل الشرقاوي، ص ١٩ ، ٢٠.

(٢) محاضرات في النظرية العامة للحق، الطبعة الثانية، سنة ١٩٥٨م، ص ١٣.

قدرة إرادية معينة»(١).

وعلى أية حال فان الحق عند هؤلاء سلطة إرادية ومصلحة محمية وإذا صح النقد الموجه إلى المذهبين الشخصى والموضوعى فانه يوجه إلى هذا المذهب المختلط.

وعلى ذلك فهذا الاتجاه لم يحل مشكلة التعريف بالحق ، ولذا لزم هجره إلى اتجاه يركز على تعريف الحق ببيان جوهره وماهيته(٢)، والسعى إلى هذا التعريف مر بعدة محاولات وبصفة خاصة فى فرنسا وايطاليا والمانيا(٣).

رابعا: التعريف المختار للحق:

حاول بعض فقهاء القانون تعريف الحق عن طريق إبراز الخصائص المميزة للحق وذلك بالكشف عن حقيقته وجوهره.

وأول من تزعم هذا الاتجاه الحديث من فقهاء القانون المحدثين هو الفقيه البلچيكى جان دابان ويأخذ بهذا الاتجاه الآن الكثيرون من الشراح المصريين(٤). فقد وضع تعريفا جديدا أبرز فيه عناصر الحق وأخصها فكرة الاستئثار والتسلط.

تعريف الحق عند الأستاذ «دابان»:

عرف الأستاذ «دابان» الحق بأنه: «ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطرق قانونية وبمقتضاها يتصرف الشخص متسلطا على مال معترف

---

(١) المدخل لدراسة القانون، د. احمد سلامة، المرجع السابق، فقرة ٧٩ ص ١٤٣.

(٢) الاسلام وحقوق الانسان، د. احمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٤٣ ، د. حسن كيرة، ص ٤٣٦ ، د. مختار القاضى، طبعة ١٩٦٧م، ص ٢٦ ، ٢٧.

(٣) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج ، نظرية الحق، الطبعة الثانية سنة ١٩٨١م، فقرة ٢٦٧ ص ٤٤٧.

(٤) مبادئ القانون، د. عبد المنعم البدراوى، ص ٢٦٧ ، المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ص ٢٣٦.

له به بصفته مالكا أو مستحقا له»[١].

وبتحليل هذا التعريف أرى أنه يتناول العناصر الآتية:

١- عنصر الاستئثار أو الاختصاص:

ومعناه الاختصاص على سبيل الانفراد دون سائر الناس بشئ معين أو بقيمة معينة وبطبيعة الحال فان هذا الاختصاص يفترض شخصا يملكه كما يفترض محلا يرد عليه ولكن الاختصاص لايعني حتما انتفاع صاحب الحق بالشئ فقد يكون الانتفاع لغيره كما هو الحال في مغتصب ملك ، فالمغتصب هنا هو المنتفع بالملك دون أن يكون مختصا به ، فالاستئثار أو الاختصاص ليس هو مجرد الاستفادة أو التمتع أو الانتفاع ولكنه يعني عند «دابان» التملك بالمعنى الواسع.

فعنصر الاستئثار يتشعب إلى ثلاثة: اختصاص ، وصاحبه ، ومحله.

ومن هنا يظهر لنا أن استبدال «دابان» لفكرة المصلحة التي قال بها «أهرنج» بفكرة الاستئثار ، لأن الحق يوجد إذا وجد الاستئثار ، أما المصلحة وحدها فلا تبرز الحق أو ليست هي الحق وإنما هي هدف الحق فقط وهي لاتصير حقا إلا إذا ثبتت للشخص على سبيل الاستئثار أي التخصيص والانفراد.

وكذلك استبعد فكرة «القدرة الإرادية» التي قال بها «سافيني» للعيوب التي ذكرتها قبل ذلك وأهمها ثبوت الاستئثار أو الاختصاص لشخص لاتتوافر لديه الإرادة كعديم الأهلية[٢].

---

(١) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ص ٤٦١ ، المدخل لدراسة القانون، د. أحمد سلامة، ص ١٤٤ ، محاضرات في نظرية الحق، د. لاشين الغاياتي، طبعة ١٩٧٩م ، ص ٦ ، نظرية الحق ، للدكتور جميل الشرقاوي، ص ٢١ وما بعدها.

(٢) مبادئ القانون، د. عبد المنعم البدراوي، فقرة ١٨٠ ص ٢٦٥ ، د. احمد سلامة ، فقرة ٨١ ص ١٤٤.

٢- عنصر التسلط:

ويراد به القدرة على التصرف بالاستغلال والاستعمال والترك والإهلاك إلى آخره.

وهذا العنصر مرتبط بالعنصر الأول لأن الحق استئثار وتسلط ويختلف التسلط فى مضمونه ومداه حسب طبيعة الأشياء والقيم موضوع الحق وذلك على النحو التالى:

١- الأشياء المادية: تحتمل التسلط الكامل. فحق الملكية مثلا يخول لصاحبه مكنات الاستعمال والاستغلال والتصرف على نطاق واسع لأن الأشياء المادية تخضع بطبيعتها خضوعا كاملا للإنسان.

٢- الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان: كحقه فى الحياة وفى سلامة جسمه وفى حريته فان التسلط فيها محدود بحكم طبيعتها فيكون التسلط مقصورا على مجرد التمتع بها وصيانتها واستعمالها دون النزول عنها ونقلها إلى الغير أو إتلافها باعدامها أو إلحاق الشلل المؤقت أو الدائم بها.

٣- الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية:والتسلط فيها يكون موضوعه اداء معينا يقدمه شخص آخر ، فهو لايقع على شخص المدين به وإنما يقع على هذا الأداء فالتسلط فى هذه الحالة يقف موقفا وسطا فاذا كان لصاحب الحق المطالبة به أو عدم المطالبة به وله أيضا النزول عن حقه للمدين بابرائه منه أو نقله إلى الغير بحوالته باعتباره قيمة مالية. ولكن هذا الحق لايخول الدائن التسلط على شخص المدين بأى حال من الأحوال على الاطلاق[1].

---

(١) د. حمدى عبد الرحمن، ص ٢٥ ، ٢٦ ، د. عبد المنعم البدراوى، ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ ، د. إسماعيل غانم، ص ١٥.

٣- العنصر الثالث: احترام الغير للحق: «أى ثبوت الحق فى مواجهة الغير»:

يعتبر تعدد الأشخاص عنصرا من عناصر الحق فالتنافس والتزاحم والصراع حول الحقوق طبيعة الناس وأن قيام الحق يستوجب احترام الجميع له.

والمقصود بالغير هنا هم كافة الأشخاص فى المجتمع عدا صاحب الحق إذ يلزم الكافة بالامتناع عن كل ما من شأنه تعكير صفو استئثار صاحب الحق به وتسلطه عليه وهذا لايكون إلا فى المجتمع لأن الشخص المنعزل لاتوجد له حقوق فى هذه الحالة(١).

وهذا و اضح فى حق الملكية مثلا ، فاذا كان الحق حق دائنيه بين زيد الدائن وعمرو المدين ، فانه فضلا عن وجوب احترام كافة الناس لحق زيد فان على عمرو المدين احتراما من نوع خاص نحو هذا الحق.

وانطلاقا من وجوب احترام الغير للحق يمكن لصاحب الحق فى حالة الإخلال بما يجب للحق من الاحترام أن يدفع هذا الاخلال بالاقتضاء.

العنصر الرابع: الحماية القانونية:

وهذا هو العنصر الهام فى نظر الاستاذ دابان وفى ذلك يقول: «أنه فى مجال القانون الوضعى لايوجد الحق إذا لم يوجد حماية له أما طريق الحماية فهى الدعاوى والدفوع التى ييسرها القانون لصاحب الحق لمنع الغير من الإخلال به.

فلصاحب الحق أن يلجأ إلى القضاء إذا ماوقع الاعتداء فعلا على حقه وكذا فى حالة التهديد بوقوعه ليتمكن من دفع الاعتداء قبل أن يقع أو إزالة آثاره بعد الوقوع ولصاحب الحق أن يلجأ إلى وسيلة الدفوع لحماية حقه أمام القضاء إذا ما اقتضى الأمر ذلك(٢).

---

(١) د. أحمد سلامة، ص ١٣٢.

(٢) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، الطبعة الثانية سنة ١٩٨١، ص ٤٥٩ هامش١ ، د. حمدى عبد الرحمن ، فقرة ١٩ ص ٢٦ ، ٢٧ ، المدخل إلى القانون، ط ٥ سنة ١٩٧٤، ص٤٤٢ ، الإسلام وحقوق الإنسان للدكتور القطب محمد القطب، ص٤٦.

المقارنة بين تعريف الحق فى الفقه الإسلامي وتعريفه فى القانون المدنى:

بالمقارنة بين تعريف الحق فى الفقه الإسلامي وتعريف الحق فى القانون الوضعى نجد أن:

١- من حيث محتويات التعريف: تعريف الحق فى الفقه الإسلامى يشمل جميع الحقوق التى هى حقوق الله تعالى وحقوق العباد معا ، أما تعريف الحق فى القانون فهو قاصر على حقوق الإنسان فقط ولاشك أن التعريف الذى يتناول جميع الحقوق أولى بالاعتبار من التعريف القاصر على بعضها وهى حقوق العباد.

٢- من حيث المصدر: والمراد بمصدر الحق هو الجهة التى تثبت الحقوق لأصحابها وتمنحهم حق استعمالها والاستمتاع بها ، والشريعة الإسلامية تنظر إلى الحقوق نظرة دينية بحتة أساسها أن الإنسان باعتباره عبدا مخلوقا لايملك حقا من الحقوق ، وعلى هذا فالحقوق ليست حقوقا طبيعية ، بل هى منح إلهية منحها الخالق للأفراد وفق مايقضى به صالح الجماعة ، فالحق وليد الشرائع ، فلا يوجد حق شرعى من غير دليل عليه.

وبناء على ذلك فالحقوق جميعها من قبل الشارع فليس لأحد معه تشريع فى أى ناحية ، فمصدر الحق فى الفقه الإسلامى هو الشارع. فالمولى سبحانه وتعالى بواسع فضله وعظيم رحمته قد امتن على الإنسان ببعض الحقوق فهى من الله منه ومنحة بلا أى حق فيها إلا حق الفضل والرحمة من الله أرحم الراحمين.

أما فى القانون فان المنشئ للحقوق والمقرر لها ومصدرها هو القانون ذاته فهو ينشئ الحقوق وفق مايقضى به صالح الجماعة ، والقانون فى إثباته للحقوق يعتمد على وقائع أو أحداث أو تصرفات يقرها ويعتبرها من المصادر المباشرة

للحق ، على أساس أنه يتولد منها[١].

٣- من حيث الأثر المترتب على الحق: المصلحة المترتبة على استعمال الحقوق الممنوحة من الخالق سبحانه وتعالى هى طاعة وامتثال لأوامر الله بالاضافة لما فيها من متعة وسعادة واستقرار فى الدنيا فيتحقق له النجاح دينا ودنيا.

أما القانون فلا يهتم إلا بالمصالح المادية الجديرة بالعناية فالقانون ينظر إلى الحياة ، إلى الواقع ، إلى الماديات والمصالح والمنافع فحسب ، لايعنيه من قريب أو بعيد أى مشاعر داخلية طالما أنها لم تظهر فى سلوك مادى ظاهر ، لأنه يحكم الوقائع ويقرر الحقوق التى تحكم السلوك الظاهر ولايعترف لأى حق بأثره الأخروى لأنه قانون الدنيا بمادياتها ووقائعها الظاهرة الملموسة ليس إلا.

٤- من حيث الجزاء أو الحماية المقررة للحق: الجزاء على الحقوق فى الفقه الإسلامى لايقتصر على الدنيا ، وإنما يمتد إلى الآخرة ، أما القانون فان الجزاء المقرر على طاعته يتمثل فى تحقيق مصلحة للفرد أو المجتمع ، وهى فى الغالب مصلحة نفعية تكون فى الغالب مادية وهذا الجزاء هو الثواب المترتب على تحقيق هذه المصلحة ، وبالقطع هو ثواب دنيوى لاعلاقة له بالآخرة.

بل قد تكون هذه المصلحة المترتبة على طاعة القانون مفسدة لايقرها الشرع الإسلامى بل يحرمها ، فمثلا لعب القمار يقره القانون فى بعض المناطق السياحية وهذا جرم محرم صراحة فى الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والألام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون﴾[٢].

---

(١) النظريات الفقهية، أ.د. احمد عطية أبو الحاج، ص ٤ ، ٥.

(٢) سورة المائدة الآية: ٩٠ ، وانظر التعريف بالحق فى الشريعة الإسلامية، ص ٣٥٩.

المطلب الثالث

صاحب الحق فى الحضانة
فقها وقانونا وقضاءا

تمهيد: عرفنا مما مضى معنى الحق وعرفنا أن الحضانة مشروعة فى الفقه الإسلامى وقانون الاحوال الشخصية ولكن هل الحضانة حق للولد طفلا صغيرا كان أو طفلة أم هى حق للحاضنة ، أم هى واجب عليها .أم أن الحضانة تعتبر حق مشترك لكل اطراف الحضانة.

فى هذا المطلب احاول الاجابة عن هذه الاستفسارات فى الفروع الآتية:

الفـرع الأول: صاحب الحق فى الحضانة فى الفقه الإسلامى.
الفرع الثانى: صاحب الحق فى الحضانة فى قانون الأحوال الشخصية.
الفرع الثالث: صاحب الحق فى الحضانة فى القضاء المصرى.

الفرع الأول

صاحب الحق فى الحضانة
فى الفقه الإسلامى

لما كانت جوانب حق الحضانة متعددة ومتداخلة فقد اختلف الفقهاء حول صاحب الحق فى الحضانة كما يلى:

الرأى الأول: أن الحضانة حق للحاضن والمحضون معا:

ذهب إلى ذلك الإباضية[١] وابن عابدين من

---

(١) جاء فى كتاب شرح النيل وشفاء العليل، جـ٣ ص ٥٦٧ : «واختلفوا فى الحضانة هل هى حق للحاضن فتسقط إذا اسقطها كسائر الحقوق إذا اسقطها صاحبها وكانت تقبل الاسقاط أو هى حق للمحضون فلا تسقط إن اسقطها الحاضن لأنه يجبر عليها لمصلحة المحضون أو هى لهما أو حق الله تعالى فلا تسقط على هذين القولين باسقاط الحاضن فعلى انها حق الحاضن لاتجبر الام على حضانة الولد وعلى انها حق للولد تجبر عليها الا لعذر، واختير أنها حق(=)

الحنفيـــة[١].

ويبدو أن اصحاب هذا الرأى قد امعنوا النظر فوجودوا من خلال النصوص أن الأم لها الحق فى أن تسقط الحضانة قال تعالى: ﴿وإن تعاسرتم فسترضع له اخرى﴾[٢]، وذلك يعد دليلا على أن هذا حقها.

كما وجدوا كذلك من ناحية اخرى أن هذا الاسقاط لايقبل فيما اذا لم يقبل الطفل غيرها أو كان أبوه لايستطيع القيام بما يلزمه من أجر الحضانة عند استئجار من يحضن الطفل شريطة الا يوجد من يتبرع بحضانته مجانا ، وهذا يعد من جهة أخرى دليلا على أن الحضانة حق ثابت للمحصون[٣].

الراى الثاني: الحضانة حق مشترك بين الحاضنة والولد معا وحق الولد فيها أقوى وأولى بالاعتبار:

ذهب إلى ذلك الأحناف[٤].

الراى الثالث الحضانة حق لله تعالى[٥]:

(=) لهما، شرح النيل وشفاء العليل، تأليف الإمام العلامة محمد بن يوسف أطفيش، طبعة مكتبة الإرشاد، جـ٣ ص ٥٦٧.

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٣ ص ٦٥٢.

(٢) سورة الطلاق الآية: ٦.

(٣) مسكن الزوجية رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، للباحث/ محمد محمود حسين احمد، ص ٢٤٦.

(٤) فتح القدير على الهداية للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفى، المتوفى سنة ٨٦١هـ ، طبعة الحلبى، جـ٣ ص ٣١٥.

(٥) حق الله تعالى هو مايقصد به النفع العام للناس جميعا من غير اختصاص بأحد فينتسب إلى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه. لئلا يختص به أحد من الجبابرة كحرمة البيت الذى يتعلق به مصلحة العام وكحرمة الزنا وتحريم السرقة وشرب الخمر والتجسس والربا. والغش ، على أن هذا لايمنع من القول بأن فى بعض هذا القسم من الحقوق ما يحقق مصلحة خالصة لمن يقول به وإن كان القصد الأول منها تحقيق مصالح عامة ينتفع بها كافة الناس وليس للملك أو الاختصاص لاحد فان جميع الناس فى ذلك سواء. قال تعالى: ﴿لله ملك السموات والأرض﴾ سورة الشورى الآية: ٤٩ ، فاضافة هذا الحق إلى الله تعالى سبحانه لتشريف ماعظم خطره وقوى نفعه وشاع فضله بأن ينتفع به الناس كافة ، وحق الله تعالى يطلق (=)

ذهب إلى هذا بعض الاباضية[١] ودليلهم على ذلك/ أن الحضانة شرعت حفظا للنفوس ولاشك أن حفظ النفس يعتبر حقا من حقوق الله تعالى.

الراى الرابع: الحضانة حق للولد «المحضون»:

ذهب إلى ذلك المالكية[٢] وبعض الاحناف[٣] وبعض الشافعية[٤].

الراى الخامس: الحضانة حق للحاضن:

ذهب إلى ذلك بعض الاحناف[٥] وبعض الشافعية[٦].

والمراد هنا بالحاضن الأم أو من يقوم مقامها لما روى من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو رضى الله تعالى عنهم انه -ﷺ- قال للمرأة: «أنت احق به مالم تنكحى».

ففى هذا الحديث الشريف تنبيه على المعنى المقتضى للحكم وأن العلل والمعانى المعتبرة فى اثبات الأحكام مستقرة فى الفطرة السليمة.

والأم أولى بالولد من سائر الحاضنات مالم يحصل مانع من ذلك كالنكاح لتقييده -ﷺ- للأحقية بقوله: «مالم تنكحى»، فان حصل النكاح منها

(=) ويراد منه الحق العام ونظيره فى القوانين الوضعية والقواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب التى لايجوز الاتفاق على مخالفتها وهذا النوع من الحقوق يندرج تحته مايلى.
١- العبادات بأنواعها . ٢- موارد الدولة المالية بأنواعها ٣- العقوبات الخالصة.
يراجع فى ذلك بالتفصيل. للمؤلف المدخل لدراسة الفقه الإسلامى، الجزء الثانى، النظريات العامة، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م ، الناشر دار النصر للتوزيع والنشر.

(١) شرح النيل وشفاء العليل، جـ٣ ص ٥٦٧.

(٢) المقدمات الممهدات، جـ٢ ص ٢٥٩.

(٣) فتح القدير، جـ٣ ص ٣١٥ ، حاشية الدسوقى، لشمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقى على الشرح الكبير لسيدى احمد الدردير، طبعة الحلبى.

(٤) نهاية المحتاج، جـ٧ ص ٢١٩.

(٥) فتح القدير، ج(٣ ص ٢١٥ ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد ابن أبى العباس احمد بن حمزة الشهير بالشافعى الصغير المتوفى سنة ١٠٠٤هـ، طبعة الحلبى، جـ٧ ص ٢١٩.

(٦) سبل السلام، جـ٣ ص .

سقطت أولويتها.

وايضا ما رواه ابن ابى شيبة عن عمر بن الخطاب -رضى الله عنه- انه طلق جميله ام عاصم الانصارية ثم اتى عليها وفى حجرها عاصم وأراد أن يأخذه منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا إلى أبى بكر الصديق -رضى الله عنه- فقال أبوبكر لعمر خل بينها وبينه فان مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبى فما راجعه عمر وسلم عاصما لامه والصحابة رضى الله تعالى عليهم حاضرون متواترون ولم ينكر احدهم حكم ابى بكر فكان ذلك اجماعا.

على أن عمر رضى الله عنه كان مذهبه فى هذا خلاف مذهب أبى بكر ولكنه سلم للقضاء ممن له الحكم والامضاء.

الأثر المترتب علي اختلاف الفقهاء حول صاحب الحق فى الحضانة:

اولا: يترتب على جعل الحضانة حق للحاضن والحاضنة:

* أن المرضعة اذا كانت امرأة اخرى غير الحاضنة فعليها ان تقوم بارضاع الصغير أو الصغيرة عند الحاضنة حتى لايفوت حقها فى الحضانة.

* لايجوز لحاضنة أبعد فى الترتيب أخذ الولد من حاضنته ولايجوز لعاصب أبعد فى الترتيب ضم المحضون طالما وجد عاصب أقرب تتوافر فيه أهلية الضم.

* لايجوز للأب أن يأخذ الطفل من الحاضنة صاحبة الحق فى الحضانة ويعطية لغيرها الا لمبرر شرعى.

* يجوز للحاضنة اسقاط الحضانة الا اذا كانت نفقة المحضون عليها فلا يجوز حينئذ اسقاطها عند الحنابلة والزيدية[١].

(١) كشاف القناع عن متن الاقناع للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتى ، طبعة دار الفكر، جـ٣ ص ٣٢٧.

* يجوز للأم وغيرها من ذوى الحضانة الامتناع عن الحضانة وارضاع الطفل وترك حقها فى حضانته ان قبل الطفل غيرها ولو أجنبية فان امتنع الغير وخشى على الطفل التلف أو الضرر صارت الحضانة حقا للطفل فتجبر الام أو من تجب عليه الحضانة باجرة المثل ان علمت والا فما يراه الحاكم(١).

* اذا تنازلت الحاضنة عن حضانة الصغير ، فانه يجوز لها الرجوع عن تنازلها واخذ الولد حتى ولو صدر بتنازلها حكم. لأن اقوى الحقين فى الحضانة للصغير ولئن أسقطت الحاضنة حقها فلا تقدر على اسقاط حق الصغير أبدا(٢).

ثانيا: يترتب على جعل الحضانة حق للصغير مايلى:

أ- لو فارقت الأم زوجها فى نظير ترك حقها فى حضانة ولدها وابقائه عند ابيه كان الفراق بينهما صحيحا ولكن لايترتب عليه بقاء الولد عند ابيه ، لأنها اذا كانت تملك إسقاط حقها فى الحضانة لاتملك اسقاط حق الصغير فيها(٣).

فلا تسقط حضانة الأم إذا ترتب على سقوطها الخوف من ضرر يلحق بالولد لتعلقه بأمه ، أو لكون مكان الأب غير آمن ، فان لم يلحق الولد ضرر بسقوط حضانة الأم سقط حقها فى الحضانة عند المالكية لكنه لاينتقل إلى الأب وانما ينتقل إلى من لها حق الحضانة بعد الأم.

ب- لوصالحت الأم زوجها على اسقاط حقها فى الحضانة مقابل عوض مالى كان هذا صلحا باطلا لانها لاتملك اسقاط حق غيرها وهو الصغير فى

---

(١) التاج المذهب لأحكام المذهب فى فقه الأئمة الاطهار للقضى العلامة احمد ابن قاسم العنبسى اليمانى الصنعانى، الطبعة الأولى، مطبعة دار احب ، الكتب العربية، ١٣٦٦هـ ، جـ٢ ص ٢٧١.

(٢) فتوى دار الافتاء المصرية بتاريخ، ١٩٢٠/٤/١٧.

(٣) حاشية رد المحتار على الدر المختار لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بابن عابدين، المتوفى، سنة ١٢٥٢هـ، طبعة الحلبى، جـ٣ ص ٦٦٠.

حضانتها واذا تعينت الحاضنة للحضانة اجبرت عليها إذا امتنعت منها ، مراعاة لحق الصغير ومصلحته[1].

ثالثاً: يترتب على جعل الحضانة حق لله تعالى:

اذا اراد الحاضن ان يسقط الحضانة فلا تسقط ولكنه يجبر عليها مالم يكن هناك عذر يحول دون الوفاء بها وكذلك لاتسقط الحضانة باسقاط الحاضنة الا لعذر ، لأن من لايملك حقا لايملك اسقاطه.

الفرع الثاني

صاحب الحق في الحضانة
في قانون الاحوال الشخصية

نظمت أحكام الحضانة بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م حيث نصت المادة « ٢٠ » من هذا القانون المعدلة بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ على مايلي: «ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير سن العاشرة وبلوغ الصغيرة سن اثنى عشرة سنة ...».

«فاذا لم توجد حاضنة من هؤلاء النساء أو لم يكن منهن أهل للحضانة أو انقضت مدة الحضانة للنساء ، انتقل الحق في الحضانة إلى العصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق في الإرث ...الخ».

«فان لم يوجد أحد من هؤلاء انتقل الحق في الحضانة إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات ... الخ».

ومن خلال قراءة هذه النصوص يتضح لي أن قانون الأحوال الشخصية جعل حق الحضانة للحاضن والمحضون معا.

---

(١) الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية للشيخ ذكي الدين شعبان، ص ٦١٥ ، الطفولة وحقوقها في الشريعة الإسلامية، دكتورة خديجة احمد ابو اتلة، ص ٥٨.

فجعل حق النساء فى الحضانة حسب ترتيب معين لأنهن أقدر من الرجال على الحضانة خاصة فى الفترة المبكرة للصغير.

ثم تكون للرجال بعد انتهاء فترة الحضانة الأولى لأن الرجال فى هذه الفترة اقدر على التربية واخذ الغلام باخلاق الرجال وحفظ الصغيرة من السقوط فى بئر الفساد والرذيلة.

ولايجب أن نغفل عن حق المحضون فى أن يحيا حياة طيبة سعيدة وان يربى تربية صالحة ولأن الحضانة شرعت لنفع الصغير ورعايته فيجب ان يقدم حقه على كل الحقوق المتعلقة بالحضانة[١].

وللحفاظ على هذا الحق ...

تقرر فى القانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ باصدار قانون العقوبات نصوصا قانونية تحمى حق الحضانة.

فقررت المادة ٢٨٤ منه على أن يعاقب بالحبس أو بغرامة لاتزيد على خمسة جنيهات كل من كان متكفلا بطفل وطلبه منه من له الحق فى طلبه فلم يسلمه إليه.

كما قررت المادة ٢٩٢ من القانون أيضا «يعاقب بالحبس مدة لاتتجاوز سنة أو بغرامة لاتزيد على خمسين جنيها مصريا أى الوالدين أو الجدين لم يسلم ولده الصغير أو ولد ولده إلى من له الحق فى طلبه بناء على قرار من جهة القضاء صادر بشأن حضانته أو حفظه.

وكذلك أى الوالدين أو الجدين حضنه بنفسه أو بواسطته غيره ممن لهم بمقتضى قرار من جهة القضاء حق حضانته أو حفظه ولو كان ذلك بغير تحايل أو اكراه[٢].

(١) أحكام الشريعة الإسلامية فى الاحوال الشخصية، للاستاذ عمر عبد الله، طبعة الاسكندرية، ص ٦١٦.

(٢) حماية الطفولة فى التنظيم القانونى المصرى الدكتورة عزيزة الشريف، الناشر، دار النهضة العربية، ص ٢٦.

الفرع الثالث

صاحب الحق فى الحضانة

فى القضاء المصرى

ذهب القضاء فى بعض احكامه إلى أن الحضانة حق مشترك بين الحاضنة والمحضون والأب أو من يقوم مقامه وأن حق المحضون غالب على حقوق غيره.

فقد جاء فى حكم للمحكمة العليا فى الطعن الشرعى رقم ١ - ١٦ ق فى ٢١ من محرم سنة ١٣٩٠هـ الموافق ٢٩ من مارس سنة ١٩٧٠ ...

«يترتب عليها أى الحضانة كما ذهب فقهاء الشريعة حقوق ثلاثة حق الصغير ، وحق الحاضنة ، وحق الأب أو من يقوم مقامه ، وهذه الحقوق اذا اجتمعت وامكن التوفيق بينها وجب المصير اليها ، وإن تعارضت فحق الصغير مقدم على الحقوق الأخرى».

وجاء فى حكم لمحكمة قويسنا الجزئية للاحوال الشخصية[٢] ...

«بأنه من المقرر شرعا فى الحضانة ثلاثة حقوق حق الصغير وحق الأم وحق الأب وأن هذه الحقوق متى أمكن التوفيق بينها وجب أن يصار إلى التوفيق نظرا لمصلحة الصغير ، فاذا تعارضت فيقدم حق الصغير على غيره لأن مدار الحضانة على نفع الولد اذ الحضانة شرعا هى تربية الطفل ورعايته والقيام بجميع اموره فى سن معين ممن له الحق فى حضانته ومدار الحضانة على نفع المحضون».

---

(١) الدعوى رقم «٥٣» لسنة ١٩٨٨م بتاريخ ١٩٨٨/٦/٨م.

الرأى الراجح:

أرى أن الحضانة حق مشترك بين الله عز وجل وبين الحاضن والمحضون.

* أو أنها حق لله تعالى فمن المعروف أن الحضانة شرعت حفظا للنفوس ولاشك أن حفظ النفس يعتبر حقا من حقوق الله تعالى حيث أوجب على الأبوين والمجتمع حفظ الطفل فى كل مراحل حياته.

* ويبدو حق الله جليا اذا ترتب على اسقاط الحاضنة حقها فى الحضانة ولم يقبل الولد سواها ففى هذه الحالة لايقبل اسقاطها لأن امر الحضانة هنا يتعلق بحق الله.

* وخصائص حق الله تعالى هنا واضحه حيث لايقبل اسقاط من تجب عليه الحضانة حقه فيها.

وهذا الحق لايقبل التوارث لأن تربية الحاضنات والحاضن يتم وفق احكام فقهية وقانونية . لايملك الانسان الا امتثال أوامرها.

* كما أن الحضانة تعتبر حقا للحاضن أبا كان أو اما أو غيرهما لأن الحضانة بالنسبة للحاضن نوع ولاية وسلطة اثبتها الشارع له لكى يكون له حق التصرف والرعاية للمحضون بما يحقق الغرض المنشود منها.

وتعتبر ايضا حق للأم لاينازعها فيه أحد مادامت أهلا لها سواء رضى والد الطفل ام لا وسواء كانت متزوجة بأبى الطفل أم مطلقة لأنها أشفق وأرفق بولدها.

فالأم تتحمل من اجل ابنائها من المشقة مالايتحمله الأب وفى تفويض ذلك اليها زيادة منفعة للطفل.

واخيرا فالحضانة حق للولد المحضون لأن كفالة الاطفال الصغار واجب لانهم خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيه حتى يقوم بنفسه.

فالحضانة حال العصمة بين الزوجين حق لهما معا وفى حال افتراقهما حق للأم أو احد اقاربها وفق الاحكام الفقهية والقانونية التى رتبت المستحقات للحضانة.

ثم عند بلوغ الولد سنا معينة ينتقل الحق فى الحضانة إلى الرجل لانه فى هذه الحالة اقدر على حمايته وصيانته من النساء.

فاذا امكن التوفيق بين هذه الحقوق وجب أن يصار إلى هذا التوفيق وان تعارضت هذه الحقوق قدم حق الصغير لأنه اقوى هذه الحقوق.

المبحث الثالث

الولايات والمصالح المعتبرة شرعا
ومنزلة الحضانة منهما

تمهيد :

عرفنا مما سبق أن الاسلام دين عام شامل ، يتناول الحياة جميعا ، ونظام كامل ، ينظم امور الدين والدينا معا.

والأحكام الشرعية ترجع فى اصل وضعها إلى حفظ مقاصدها فى الخليقة وتحقيق مصالح العباد فى الدنيا والآخرة على أتم الوجوه واكملها وقد اتفقت الأمة الإسلامية بل سائر الأمم على أن الشرائع السماوية قد وضعت للمحافظة على مصالح العباد ومنها الشريعة الإسلامية.

* وأن الغاية من كل بناء اجتماعى خلقى هى المصلحة أو منفعة المجموع وليست المنفعة مرادفة للهوى لأن الهوى قد يكون انحرافا نفسيا ، ومجاوبة للأنانية الشخصية ، وبهذا يكون مناقضا للمنفعة لأن المنفعة المقصودة من الاخلاق هي المنفعة التى تعود على اكبر عدد فى البناء الاجتماعى ، باكبر قدر ممكن وهى فى اكثر احوالها إيثار ، وليست اثرة شخصية.

وفوق ذلك فان الأهواء والنزاعات الشخصية هى التى تفك وحدة المجتمع، بينما المنفعة بهذا المعنى الاجتماعى تدعمه وتقوى الروابط فيه ، ويحس كل امرئ فيه بأنه يعيش لغيره أكثر مما يعيش لنفسه ، وبأن حياته ولذاته فى أن يحيا المجتمع حياة سعيدة هنيئة ، قد توافرت فيها لكل انسان سعادة حقيقية[(١)].

ولقد حذر الله سبحانه وتعالى من اتباع الهوى ومخالفة أمر الله وذم المعرضين عنه سبحانه باتباعهم لهواهم ، متوعدا اياهم بالعذاب العاجل بالنسبة

---

(١) تنظيم الإسلام للمجتمع للإمام محمد ابو زهرة، طبعة دار الفكر العربى، ص ٥٦.

لبعض الذنوب وبالأجل بالنسبة لجميع الذنوب، لأن اتباع الهوى مضاد للحق وقسيم له.

كما فى قوله تعالى: ﴿يا داود انا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولاتتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله﴾[1]، فجعل اتباع الهوى مضادا للحكم بين الناس بالحق، كما جعل سبحانه اتباع الهوى أو عدم اتباعه مع سبق مشيئته قاعدة تفصل فى استحقاق الجنة أو الجحيم.

كما فى قوله تعالى: ﴿وأما من خاف مقام ربه ونهى النفس عن الهوى فإن الجنة هى المأوى﴾[2].

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿فأما من طغى واثر الحياة الدنيا فإن الجحيم هى المأوى﴾[3]، فجعل هذا قسيما لذاك.

وعلى ذلك فلا يخرج الباعث عن الفعل أو ترك الفعل على أحد أمرين الشريعة أو الهوى ولاثالث لهما قال تعالى: ﴿وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى﴾[4].

فالوحى والهوى امران متضادان، وحين تعين الحق فى الوحى توجه للهوى ضده لأن الحق والهوى ضدان لايجتمعان.

قال تعالى: ﴿أفرءيت من إتخذ إلهه هواه واضله الله على علم﴾[5].

وقال تعالى: ﴿أولئك الذين طبع الله على قلوبهم واتبعوا

(١) سورة ص الآية: ٢٦.
(٢) سورة النازعات، الآية: ٤٠ - ٤١.
(٣) سورة النازعات، الآية: ٣٧ - ٣٩.
(٤) سورة النجم الآية: ٣ ، ٤.
(٥) سورة الجاثية الآية: ٢٣.

اهوائهم ﴾[١].

فحيث ذكر الهوى فى الآيات اتبع بالذم والتقبيح وقد قال ابن عباس رضى الله عنه ، ماذكر الله الهوى فى كتابه الا ذمة[٢].

كل هذا يوضح أن قصد الشارع الحكيم هو الخروج بالانسان عن اتباع الهوى والدخول به تحت التعبد لله سبحانه وخاصة الاطفال حيث جعل لكل صغير ولى.

ولذلك فموضوع الولاية من الموضوعات الهامة فى الفقه الإسلامى وخاصة الولاية على النفس لانها تتعلق برعاية النشئ منذ نعومة أظافرهم ، إذ يوجههم بالتهذيب ، والتأليف القلبى مع الجماعة لخيرها والابتعاد عما يقوض بنيانها فى أى ناحية من نواحيه فالشريعة الإسلامية تعتنى بالطفولة ومن يكونون فى عجزها وتحمى الضعفاء وتحذر من إهمال الآباء والدولة للصغار واثر ذلك على المجتمع.

وتنص المادة « ٤٧ » من التقنين المدنى المصرى على أن « يخضع فاقدوا الاهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة بالشروط ووفقا للقواعد المقررة فى القانون ».

وبناء على ماتقدم فان هذا المبحث يشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: حقيقة الولاية فى الفقه الإسلامى والقانون ومنزلة الحضانة منها.

ويتضمن ثلاثة فروع.

المطلب الثانى: المصالح المعتبرة شرعا ومنزلة الحضانة منها.

---

(١) سورة محمد الآية: ١٦.

(٢) محاضرات فى الشريعة الإسلامية المستشار الدكتور/ احمد توفيق الاحول والمستشار الدكتور/ محمد محمد شتا سعد، ص ٦٠

المطلـــب الأول

حقيقة الولاية فى الفقه الإسلامى والقانون ومنزلة الحضـــانة منها

ويشتمل على ثلاثة فروع:

الفــرع الأول: تعريف الولاية فى اللغة والاصطلاح والقانون.

الفرع الثانى: أقسام الولاية فى الفقه الإسلامى.

الفرع الثالث: منزلة الحضانة من اقسام الولاية.

الفرع الأول

تعريف الولاية فى اللغة والاصطلاح والقانون

اولا: تعريف الولاية فى اللغة:

الولاية بفتح الواو وكسرها مصدر الفعل ولى ، يقال ولى الشئ اذا ملك أمره وكان له القيام عليه وكذلك اذا قام به فهو وليه وولى عليه ووال ويقال ولاه اذا نصـره ومـعنى والولاية هنا المعـاونة والنصـرة. والولى مـأخـوذ من المصـدر الولاء.

وقـال ابن السـكيت: الولاية بالكسر «السلطان»[١]. وقرئ قوله تعالى: ﴿مالكم من ولايتهم﴾[٢]، بالكسر والفتح بمعنى النصرة.

نخلص من ذلك أن التعريف المراد والذى يعنينا هو الولاية بمعنى النصـرة

---

(١) المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للعلامة احمد بن محمد بن على المقرى الفيومى، طبعة المكتبة العلمية، جـ٢ ص ٩٢٧ ، لسان العرب، جـ٢٠ ص ٢٨٧ ، طبعة دار المعارف ، القاموس المحيط، طبعة الحلبى، جـ٤ باب الياء فصل الواو.

(٢) سورة الأنفال الآية: ٧٢.

أو التى تطلق على مايتولاه الشخص ويقوم به من الأعمال[١].

ثانيا: تعريف الولاية فى الاصطلاح:

لاشك أن طبيعة ظروف الصغار تستوجب وتحتم رعايتهم رعاية كاملة بحسب نموهم ، وتسلسل فترات حياتهم لما بهم من العجز عن النظر لأنفسهم والقيام بحوائجهم.

وقد جعل الشرع ولاية ذلك إلى من هو مشفق عليهم ، فجعل سبحانه وتعالى حق التصرف إلى الآباء لقوة رأيهم مع الشفقة وحسن التصرف يستدعى قوة الرأى وحسن التصرف هنا يطلق عليه الولاية.

ويمكن تعريف الولاية فى الفقه الإسلامى بأنها:

«سلطة شرعية على النفس أو على المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيها شرعا»[٢].

وعرفها صاحب تبيين الحقائق[٣] بقوله: «الأولياء: جمع ولى من الولاية. وهى تنفيذ الحكم على الغير شاء أو أبى».

وعرفها بعض الفقهاء بأنها: «قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف فى شئون غيره»[٤].

وشرط هذه الولاية أهلية الأداء[٥]، وطبيعة الشرط تحتم علينا القول بأنه

---

(١) الولايات وأحكام القضاء فى الاسلام، الاستاذ الدكتور/ على البدرى احمد الشرقاوى، دار النهضة العربية، ص ٤ ، ٥.

(٢) كشف الاسرار عن اصول البزدوى، طبع الاستانة، جـ١ ص ٣٢.

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، للعلامة عثمان بن على الزيلعى، طبع بولاق، سنة ١٣١٥هـ.

(٤) الولايات واحكام القضاء فى الاسلام ، الاستاذ الدكتور/ على البدرى احمد الشرقاوى، طبعة دار النهضة العربية، ص ٥.

(٥) يراد بأهلية الأداء أهلية المعاملة والتصرف ، أى هى صلاحية الشخص لصدور الأفعال (=)

يلزم من عدم الأهلية للأداء عدم الولاية.

وليس باللازم أن توجد الولاية كلما وجدت الأهلية لجواز أن يكون شخص أهلا للتعاقد ، ولكنه ليس له ولاية على محل العقد فلا يترتب على عقده التزام وهو عقد الفضولى وفيه مافيه.

ثالثا: تعريف الولاية فى القانون :

نصت المادة ١٢ من قانون الولاية على النفس رقم ١١٨ لسنة ١٩٥٢ الصادر فى ٣٠ يوليه سنة ١٩٥٢ على أنه يقصد بالولى فى تطبيق أحكام هذاالقانون الأب والجد والأم والوصى وكل شخص ضم إليه الصغير بقرار أو حكم من جهة الاختصاص.

وقد اهتم مشروع قانون الأحوال الشخصية فى دول الإمارات بمسألة الولاية.

فنصت المادة « ٢٣٢ » على خضوع الطفل الصغير والمجنون والمعتوه للولاية فقد جاء فيها.

« يخضع للولاية على النفس الصغير إلى أن يتم سن البلوغ عاقلا كما

(=) على وجه يعتد به شرعا. كشف الاسرار على اصول البزدوى، جـ٤ ص ١٤٨ ، مسلم الثبوت لمحب الله ابن عبد الشكور بأسفل المستصفى للغزالى، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، سنة ١٤٠٣هـ مصورة عن طبعة الاميرية سنة ١٣٢٤ هـ، جـ١ ص ١٥٩ ، ومعنى صلاحية الشخص « أى أن يكون صحيح العقل والبدن » ، ومعنى على وجه يعتبر به شرعا « أى يكون الفعل أو القول الذى يصدر منه على وجه يقره الشارع ، فتثبت له حقوق نحو الغير ، كما يجب عليه الالتزامات التى يلتزم بها نحو غيره ». وتعريف فقهاء القانون المدنى لأهلية الأداء قريب من هنا حيث انهم عرفوها بأنا « صفة تلحق الشخص فتصبح بها أعماله منتجة لآثارها القانونية فى حق نفسه »، الوسيط للسنهورى، جـ٢ ص ٢٦٨ ، وهذا النوع من الأهلية هو الذى تتوقف عليه المعاملات والتصرفات بكافة انواعها قولية كانت أو فعلية ، كما تتوقف عليه بحق حقوق الله تعالى أيضا من صوم وحج وزكاة وما سواها فهو ملتزم باداء التكاليف لما انعم الله عليه بدرجة من العقل والتمييز وتترتب على تصرفاته الآثار التى يعتد بها شرعا.

يخضع لها البالغ والمجنون والمعتوه».

واشترط مشروع القانون للولى ما اشترطه للحاضن ، وأضاف لذلك ان لايكون الولى تحت ولاية غيره ، أى ليس محتاجا لمن يلى أمره.

والراجــــح:

أن الولاية على الطفل هى تصرف يحفظه فى نفسه وماله من الضياع.

فالطفل لايستطيع أن يدير شئون نفسه ، لذا كان الولى يقوم بذلك نيابة عنه حتى يبلغ.

فاذا انتهت الحضانة وهى ولاية التربية جاء الدور الثانى وهو الولاية على النفس ، وتشمل هذه الولاية ولاية التزويج ، وولاية التربية والتهذيب.

وهذه الولاية تثبت للرجال ، لأن الطفل ذكرا أو انثى بعد انتهاء سن الحضانة يحتاج إلى التوجيه إلى شئون الحياة ويحتاج إلى الحفظ والصيانة ويحتاج إلى شخصية قوية يستحى منها ويحاكيها ، فان ذلك الوقت هو وقت تفتح الغرائز الاجتماعية ، فلا بد من شخصية تبعث فيه صفة الحياة التى تهذب هذه الغرائز ، وتجعلها دائما فى طريق الاعتدال من غير أن تميتها أو تذبلها وذلك لايكون الا بسلطات الأب العطوف ، ولايكون إلا بحنان الأم الرؤم، وكل يؤدى عمله فى وقته[1] حتى ولو كان هناك فراق بينهما.

ولذلك فالولاية صفة لازمة للولى لاتسقط عنه مهما طال الزمن لتعلقها بحق المولى عليه ، فلا يملك اسقاطها إلا بالموافقة على عقد الولى الأبعد بصريح العبارة[2].

كما أن ولاية الأب مقيدة بالنظر والمصلحة للصغير فاذا لم تتحقق

---

(١) تنظيم الاسلام للمجتمع ، الامام محمد ابو زهرة ، دار الفكر العربى، ص ١٠٢.

(٢) محكمة دمنهور فى حكم لها فى ١٩٥٠/٩/٦ ، ١٤١٢ / ٣٥ م ش ٢١ / ٥٢٥.

مصلحة الصغير زالت ولاية الأب فى النفس وفى المال جميعا[١].

والولاية على الصغير تثبت في الفقه الإسلامى لستة أشخاص علي الترتيب الآتى:

أ- الأب.

ب- وصى الأب ثم وصى وصيه ... وهكذا.

جـ- الجد الصحيح وان علا ويقدم الأقرب علي الأبعد.

د- وصى الجد ثم وصى وصيه ... وهكذا.

هـ- القاضى.

و- وصى القاضى وهو من يعينه القاضى.

وسبب التزامهم بهذا الترتيب أنهم رأوا أن الولاية على الصغير تعتمد على وفرة الشفقة ، والحرص الكامل على مصلحته ويحصل هذا بالترتيب المذكور.

فالأب مقدم على الجميع لأن شفقته أقرب منهم ، فهو المولود له ، وهو أول من يهمه صلاح الولد ، ويؤذيه فساده ، وهو أقدر الناس على توجيهه بسبب صلة الأبوة العاطفة ذات السلطات ، فاذا لم يكن الأب موجودا أو لم يكن صالحا لهذه الولاية كانت الولاية على النفس لوصى الأب ، لأن الأب هو الذى اختاره ولايختار عادة الا من يأنس فيه أنه قريب الشفقة منه على الصغير.

ثم الجد ، لأن ا لجد أب عند عدم وجود الأب ، ولأن له من حب المصلحة والرعاية والشفقة ما للأب.

---

(١) محكمة عابدين فى ١٩/١٠/١٩٣٥ ت س م ش ٧ / ٢٣٠.

وهكذا بقية الأولياء[١] ...

والذى يجرى عليه العمل الآن فى مصر طبقا لقانون الولاية على المال أن الولاية تثبت أولا للأب ثم لوصيه ثم للجد الصحيح ثم لمن تعينه المحكمة وصيا[٢].

الفرع الثانى

أقسام الولاية
فى الفقه الإسلامى

تنقسم الولاية إلى عدة اقسام باعتبارات مختلفة ، فتنقسم من حيث ثبوتها للإنسان على نفسه أو على غيره إلى قاصرة ومتعدية.

القسم الأول: الولاية الذاتية «القاصرة» :

هى التى تثبت للشخص باعتبار ذاته ولايستفيدها من الغير. وتكون لازمة لاتقبل الاسقاط ولا التنازل عنها. وذلك كولاية الأب والجد على الصغير[٣] فهذه الولاية هى ولاية الشخص على نفسه وماله مادام اهلا للتعاقد.

وهذه الولاية تلازم أهلية الأداء الكاملة فطالما كان الانسان أهلا للتعاقد والأداء كانت له ولاية من الشارع على جميع شئونه ، مالية كانت أو غير مالية والأصل فيها أن تقع كلها نافذة ملازمة لقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٥ ص ١٥٥ ، وتنظيم الاسلام للمجتمع، ص ١٠٣.

(٢) المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، باحكام الولاية على المال.

(٣) الولايات وأحكام القضاء فى الإسلام الاستاذ الدكتور/ على البدرى احمد الشرقاوى، ص ٦ دار النهضة العربية.

أوفوا بالعقود ﴾[١].

ومن ولاية الشخص على نفسه ولاية النكاح ، والنكاح مأمور به فى قوله تعالى: ﴿**فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾**[٢].

والأمر بالنكاح اثبات لهذه الولاية ومباشرة لها فليعقد من كان اهلا عقد نكاحه بنفسه ، وهذا هو الأصل[٣].

ومن ولايته على ماله التصرف فى هذه الأموال عند بلوغه رشيدا ويشير اليها قوله سبحانه وتعالى: ﴿**وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان أنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم ﴾**[٤].

القسم الثاني: الولاية المتعدية «المكتسبة» : «ولاية الشخص على غيره» :

وهى التى تثبت للشخص لمعنى فيه. ويستفيدها من الغير وتقبل الاسقاط والتنازل. وذلك كولاية الوصى والقاضى[٥].

وولاية الشخص على غيره هى السلطة الشرعية التى بها تنفذ أقوال الانسان وتصرفاته على غيره ولو جبرا عن ذلك الغير[٦].

وهذا النوع من الولاية ينقسم إلى:

أ- ولاية على النفس:

كالولاية على الطفل وهو فى سن الحضانة حيث تثبت عليه للغير ولاية

---

(٤) سورة المائدة الآية: ١.

(١) سورة النساء الآية: ٣.

(٣) وهذا بالنسبة للرجل محل اتفاق أما الأنثى فكذلك فيما سوى النكاح غير الجمهور . أما الأحناف فانهم يرون صحة ولاية المرأة لعقد النكاح بشروط.

(٤) سورة النساء الآية: ٦.

(٥) الولايات وأحكام القضاء فى الإسلام، ص ٦.

(٦) وهذا النوع من الولاية يعد فرعا من الولاية القاصرة فحيث لاتثبت الولاية القاصرة لاتثبت الولاية المتعدية.

الحفظ والتربية فى المرحلة الأولى من حياته وكولاية العاصب من الذكور. يضم اليه الصغير بعد تجاوزه سن الحضانة.

فهذه الولاية تكون من الامور المتعلقة بشخص الولى عليه ولما كان الطفل منذ ولادته يمر بمراحل تختلف باختلاف حياته فهو بعد ولادته يكون فى حاجة إلى من يقوم بشئونه من نظافة وتمريض وتربية وغير ذلك لأنه فى هذه المرحلة يكون ضعيفا عاجزا عن القيام بامور نفسه.

ثم بعد ذلك يكون فى حاجة إلى التأديب والتعليم.

والولاية على النفس تستمر باستمرار بقاء السبب وتنتهى بانتهائه ، فان كان السبب هو الصغر فانها تنتهى بالبلوغ واذا كان السبب هو الانوثة فانها تستمر مادامت الانثى غير مأمونة على نفسها ، فاذا صارت مأمونة على نفسها ،أو لايخشى عليها الفساد ، فان الولاية على النفس بالحفظ والصيانة تنتهى والولاية على النفس تشتمل على:

ولاية التربية والحفظ:

وهى أولى انواع الولاية على النفس وتثبت على الولد منذ ولادته حيا وتستمر حتى يبلغ سن البلوغ وتشمل الارضاع والحضانة.

وقد كان من رحمه الله ان احتاط للولد بالزام النظر فى امره حيث فرض على الوالدين تربية ولدهما وارشدهما إلى مايصلحه ويصلحهما فلم يترك امر الصغير لاهواء الناس ورغباتهم بل نظم شئونه وأمر تربيته وحفظه ورعايته وكل مايلزم فى حياته من جلب المنافع ودفع المضار ، لما به من العجز عن النظر لنفسه والقيام بحوائجه سواء كان فى النفس أو المال.

فجعل سبحانه ولاية تربيته وحفظه لمن هو اشفق عليه وهما الابوان أو من يقوم مقامهما ووزع الاعباء عليهما كل فيما يصلح له ويتناسب مع طبيعته

وتحقق به مصلحة الصغير ، من غير ضرر ولاضرار **﴿لاتضار والدة بولدها، ولامولود له بولده﴾**[١].

وقد اختلفت مسميات هذه الولاية باختلاف الفقهاء، فسميت بالحضانة وبالكفالة وبمن احق بالولد . الا انهم عند تعريف هذه المسميات اتفقوا على انها التربية والحفظ[٢].

ولاية ضم الصغير:

وهذه تبدأ بعد بلوغ الصغير أقصى سن الحضانة لأقرب عاصب ليقوم بتهذيبه وتوجيهه وتعليمه وتشغيله وتزويجه ونحو ذلك وهذا النوع يتولى منه الأقرب من العصبات لتوافر الشفقة والحنان منهم.

القسم الثاني: الولاية على المال:

وهى القدرة على انشاء العقود الخاصة بالأموال ومنافعها وتنفيدها وبعبارة اخرى هى التى تجعل للولى حق التصرف فى مال المولى عليه ويكون تصرفه نافذا من وقت تعرفه دون احتياجه إلى اجازة احد.

كوصى الاب أو الجد أو القاضى يتولى ادارة اموال الصغير حين يكون فى حضانة النساء مثلا.

هذا النوع من الولاية ينقسم إلى قسمين:

أ- ولاية أصلية:

وهى ماكانت ثابتة من الشارع ابتداء ، وهى التى تثبت للإنسان بسبب ابوته للصغير مثل ولاية الأب والجد الصحيح ، فانها تثبت لهما بسبب ولادة

---

(١) سورة البقرة الآية: ١٣٣.

(٢) احكام الاسرة فى الاسلام، د. احمد فراج حسين، جـ٢ ص ٢١٨ . طبعة ١٩٨٥م مؤسسة الثقافة الجامعية بالاسكندرية.

الصغير فهما يباشران امور الصغير بهذه الصفة ، لانيابة عن غيرهما ، ولذلك تستمر حتى بزوال سببها وهو الصغر وضعف العقل.

وهذا النوع من الولاية ، ولاية الزامية إجبارية متى كان الولى أهلا لها لايملك الولى فيها عزل نفسه منها لأنها سلطة منحها الشارع للنظر فى شئون الصغير بالنسبة لفئة معينة من الأشخاص دون غيرهم.

ب- ولاية نيابية:

وهى التى تثبت للإنسان عن طريق استمدادها من شخص آخر كولاية الوصى فانها مستمدة من الموكل وولاية القاضى والامام فانها مستمدة من المسلمين اذ كل منهما يعتبر نائبا عنهم[1].

الفرع الثالث

منزلة الحضانة من الولاية

هناك حقيقة ثابتة ، هى أن الانسان ينشأ فى هذا الوجود ضعيفا لايقوى على الانفراد بمواجهته إلا بعد زمن ليس بالقصير ، واذا كانت رعاية الحيوان لأفراخه قصيرة ، فرعاية الإنسان لأولاده طويلة ، تمتد إلى خمسة عشر عاما ، بينما الحيوان لاتمتد رعايته لافراخه لأكثر من بضعة أسابيع أو اشهر على الأكثر وما أحكم قوله سبحانه فى الدلالة على هذه الحقيقة: ﴿وخلقَ الإنسان ضعيفا﴾[2].

ولهذا الضعف الذى صاحب ابن الانسان من ولادته نظمت عليه ولاية حتى يستوى شابا قويا يعتمد على نفسه ونظم الاسلام رعاية ذلك الضعف حتى يقوى المولود ، ويزول ضعفه ، ويستقل بنفسه ، وذلك يختلف باختلاف الأزمان فانه كلما تعقدت أساليب الحياة ، فان الضعف لايزول الا بكثرة الدربة على

(١) السراج الوهاج بشرح المنهاج، ص ٣٤٥ ، ٣٤٦.
(٢) سورة النساء الآية: ٢٨.

الحياة وذلك يختلف باختلاف جنس الإنسان من ذكورة وانوثه ، فان الذكورة تبلغ درجة القوة والاستغناء قبل بلوغ المرأة هذه السن ، بل انها لاتستغنى عن ظل الرجل فى حياتها ، فتكون فى ظل الزوج فى حال الزواج ، وتكون فى الولاية عند انفرادها عن الزواج ، وذلك فى حكم الإسلام ، وهو حكم المجتمع الفاضل الذى لايصح أن يعيش فى غير الفضيلة العالية[١].

ولذلك قد وجدت على الإنسان منذ ولادته ثلاث ولايات:

اولاها ولاية التربية الأولى:

فاذا كان الولد فى سن الحضانة ، فإن حضانته تكون للأم والولاية على النفس تكون للأب أو لغيره من ذوى قرابته عند موته أو فقده لشرط من شروط الولاية فالأم تغذى وتنمى والأب يحمي ويدرب على الحياة المستقلة.

فولاية التربية «الحضانة» وتسمى ايضا ولاية الحفظ تبدأ من وقت الولادة إلى انتهاء مدة الحضانة وهذه الولاية تقوم على شئون الولد امه التى ضمته بين جوانحها وهو جنين ، وغذته فى تلك الفترة بدمها ومن جسمها ، ولما نزل فى حجرها غذته بلبنها وهو فى المهد صبى ، فهى امتداد لأصل خلقة وتكوينه ، تغذية وتحبو به فى مدارج الحياة وتفيض عليه بحنانها وبعطفها لتربى فيه نزوع العواطف الإنسانية العالية[٢].

وحضانة الأم للولد سواء قبل بلوغه سن العاشرة للذكر والثانية عشرة للانثى أو بعد بلوغه لاتغل يد الأب عنه ولاتحد من ولايته الشرعية عليه[٣].

والولاية الثانية: هى الولاية على المال: اذا كان له مال.

---

(١) الولاية على النفس للامام محمد ابو زهرة، دار الفكر العربى، ص ٥.

(٢) الولاية على النفس للامام محمد ابو زهرة، دار الفكر العربى، ص ٦.

(٣) احكام الاسرة فى الفقه الإسلامى الاستاذ الدكتور/ نبيل الشاذلى، طبعة سنة ١٩٨٩م ص٣٨٧.

ثالثهما الولاية على النفس:

إلى جانب الحضانة التى تقوم بها الأم حيث تمد ولدها بعنايتها داخل المنزل فان للاب أن يلى شئون ولده لما له من حق الولاية عليه لأن الطفل لايستطيع أن يلى شئون نفسه ، فابوه يمده بحمايته وعطفه ورعايته داخل المنزل وخارجه.

فاذا انفصل الزوجان فان الحضانة تنفصل فتكون للأم أو لغيرها من النساء ، وتكون الولاية على النفس للأب أو لغيره من ذوى قرابته.

ويكون توزيع الاختصاص بحكم الفقه ، لابحكم الاتفاق بين الأبوين فقط.

فالأصل فى الحضانة القيام بخدمة المحضون من حيث نظافته ومأكله ومشربه وملبسه ومرقده والسهر على صحته فليس من اختصاص من له حق الحضانة توجيه الصغير فى التعليم والتثقيف واختيار نوع التعليم لأن ذلك من شأن من لهم الولاية على النفس.

لكن لما كانت مصلحة الصغير دائما هى المعتبرة والتعليم فى مراحله الأولى يكاد يكون موحدا ولايتكلف إلا اليسير من المال ، ولما كانت نفقات التعليم أيا كانت من جملة نفقته . كان من حق الحاضنة صاحبة اليد على الصغير أن تلحقه بالتعليم وأن تطالب بما يستلزمه ذلك من نفقات[١].

ولذلك يشترط فى الولى مايشترط فى الحاضن حيث أن هناك تداخل زمنى بين ا لحضانة والولاية على النفس إذا يكمل أحدهما الآخر إذ بانتهاء الحضانة يتولى الولى الاشراف والتربية للطفل[٢].

---

(١) الوجيز لاحكام الأسرة فى السلام للاستاذ/ محمد سلام مدكور، طبعة سنة ١٩٧٥م، دار النهضة العربية، ص ٤٦٨.

(٢) الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية، د/ محمود محمد الطنطاوى، مطابع البيان التجارى، دبى – الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٨هـ – ١٩٨٨م ، ص ٥٠١.

وتستمر الحضانة مشاركة للولاية على النفس حتى تنتهى مدتها.

فاذا انتهت مدة الحضانة صارت الرعاية الكاملة على النفس وصار الولى على النفس هو المهيمن وحده ، وهو يتولى إصلاحه وتربيته وحمايته وتكوينه على الفضيلة الاجتماعية العالية[١].

ومن خلال هذا العرض ، نجد أن الحضانة نوع من انواع الولايات ويقدم فيها النساء على الرجال[٢].

المطلب الثانى

المصالح المعتبرة شرعا ومنزلة الحضانة منها

تمهيد:

تهدف الشريعة الإسلامية عند كل حكم من أحكامها تحقيق مقصد عام ألا وهو اسعاد الفرد والجماعة وحفظ النظام وتعمير الدنيا بكل مايوصلها إلى اوج مدارج الكمال والخير والمدنية والحضارة ومن هنا كانت دعوة الاسلام رحمة للناس.

قال تعالى: ﴿وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين﴾[٣].

وقال تعالى: ﴿يا أيها الناس قد جاءتكم موعظة من ربكم وشفاء لما فى الصدور ، وهدى ورحمة للمؤمنين﴾[٤].

ومن اجل الوصول إلى هذا المقصد.

---

(١) الولاية على النفس، للامام محمد ابو زهرة، طبعة دار الفكر العربى، سنة ١٩٩٤، ص ٧.

(٢) بدائع الصنائع، جـ٥ ص ١٥٢ ، حاشية الدسوقى، جـ٣ ص ٢٩٩.

(٣) سورة الانبياء الآية: ١٠٧.

(٤) سورة يونس الآية: ٥٧.

التزمت الشريعة الإسلامية فى أحكامها مبدأ رعاية مصالح الناس فى الحياة وبعد الممات.

وفى هذا المطلب اشير بايجاز إلى تعريف المصلحة واقسامها ومنزلة الحضانة منها فى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: تعريف المصلحة المعتبرة شرعا وبيان أقسامها.
الفرع الثانى: منزلة الحضانة من المصالح المعتبرة شرعا.
الفرع الثالث: عبء اثبات مصلحة الصغير.

الفرع الأول

تعريف المصلحة المعتبرة شرعا وبيان أقسامها

أولا: تعريف المصلحة المعتبرة شرعا:

المصلحة فى اللغة: مأخوذة من المصالح وهى ضد المفاسد ، يقال رأى الإمام المصلحة فى كذا أى الصلاح ، ونظر فى مصالح الناس وهم من أهل المصالح لا المفاسد[(١)].

والمصلحة شرعا: هى جلب منفعة أو دفع مضرة[(٢)].

لقد حرص الشرع الإسلامى على امرين:

أحدهما: جلب المنفعة لاكبر عدد ممكن فى المجتمع.

(١) تاج العروس، لمرتضى الزبيدى الحسين، المتوفى سنة ١٢٠٥هـ، الطبعة الخيرية الأولى، جـ٢ ص ١٨٣.

(٢) الموافقات فى اصول الأحكام، لابى اسحاق ابراهيم بن موسى اللخمى الغرناطى، المعروف بالشاطبى، المتوفى سنة ٧٩٠هـ، الناشر مكتبة محمد على صبيح، طبعة المدنى، جـ٢ ص ٤، روضة الناظر وجنة المناظر لعبد الله بن احمد بن قدامة المقدسى المتوفى سنة ٦٢٠هـ، طبعة مكة المكرمة، ص ٨٦ ، المستصفى من علم الأصول للإمام محمد بن محمد أبى حامد الغزالى، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية، بولاق مصر، سنة ١٣٢٤هـ ، جـ١ ص ٢٨٦.

وثانيهما: دفع الضرر.

وقرر ان دفع الضرر مقدم على جلب المنفعة اذا تساوت المنفعة مع الضرر، أو لم يكن تفاوت واضح بينهما ، واذا غلبت المصلحة على الضرر بقدر كبير واضح قدمت المصلحة ، لأن منعها يعد فى ذاته ضررا كبيرا والضرر الصغير يحتمل فى سبيل منع الضرر الكبير.

ثانيا: أقسام المصالح:

يستفاد من تعليل الأحكام كما فى القرآن الكريم وفى السنة النبوية ومن سلوكيات الصحابة ومن جاء بعدهم من الأئمة والفقهاء:

أن المصالح تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

الأول : مصالح معتبرة.

الثانى: مصالح ملغاة.

الثالث: مصالح مرسلة.

وأما الأصوليون فيذهبون إلى التعليل بالأوصاف الظاهرة الضابطة للحكم والمصالح فجعلوا التقسيم للأوصاف فقالوا ...

الوصف المناسب للحكم الذى يمكن التعليل به ، إما أن يكون معتبرا بدليل من الأدلة بأن كان له أصل معين رتب الشارع. عليه حكما فيه أو يكون ملغى بدليل من الأدلة أو مرسلا مسكوتا عنه لم يدل دليل على اعتباره أو الغائه.

واشير الى الاقسام الثلاثة للمصالح السابق ذكرها فيما يلى:

القسم الأول: المصالح المعتبرة:

هى ماقامت الأدلة الشرعية المعنية على رعايتها واعتبارها ، بأن أمرت بتحصيل أسبابها الموصلة اليها ، وهذه يجوز التعلل بها وتعدية احكامها إلى

غير محل النص الوارد فيه.

وهذا النوع يشمل جميع المصالح التى جاءت الأحكام الشرعية المعنية على رعايتها واعتبارها بأن أمرت بتحصيل أسبابها الموصلة اليها وهذه يجوز التعليل بها وتعديه أحكامها إلى غير محل النص الوارد فيه.

وهذا النوع يشمل جميع المصالح التى جاءت الأحكام الشرعية لتحقيقها، سواء كانت ضروريات أو حاجيات أو تحسينات.

واشير إلى هذه المقاصد فيما يلى:

أ- الضروريات:

المقاصد الضرورية هى تلك الامور التى لابد منها لقيام مصالح الدين والدنيا فلا يستقيم امر الناس ومصالحهم الا بها فاذا فقدت اختل نظام حياتهم وانقلبت شئونهم من صحة إلى فساد وفوتا لمصالح الدنيا وفى الآخرة فوت النجاة والنعيم وبالرجوع بالخسران والخيبة.

وبالاستقراء ثبت أن الأسس الاجتماعية فى الأحكام القرآنية تقوم على المصلحة لأكبر عدد ممن يظلهم المجتمع بأكبر مقدار من السعادة الحسية والروحية، ودفع بوائق الشر . وقد استطاع فقهاء الإسلام أن يردوا أصول المصالح الاجتماعية إلى خمسة أمور تجب المحافظة عليها حتى تقوم العلاقات الاجتماعية على اكمل وجه وحتى يتجه المجتمع بكل قواه إلى أسلم غاية . وتلك الأمور الخمسة هى حفظ النفس ، وحفظ العقل ، وحفظ النسل ، وحفظ الدين ، وحفظ المال ، وإن انحصار المصالح فى هذه الأمور الخمسة لأن الدنيا بنيت عليها ، ولأن كل مجتمع فاضل يجب أن يجعل غايته العليا المحافظة عليها ، وإن قوى المجتمع تتجه إلى المحافظة عليها وتحقيقها ودفع الآفات الاجتماعية التى تعرض من مصلحة من هذه المصالح للضرر[1].

(١) تنظيم الاسلام للمجتمع، الامام محمد ابو زهرة، ص ٥٦ . اصول الفقه الإسلامى (=)

واشير فيما يلى إلى هذه الامور الضرورية الخمسة: الدين والنفس والنسل والمال والعقل.

اولا: حفظ الدين:

من مظاهر تكريم الله سبحانه وتعالى للإنسان تقرير الاسلام لحرية الاعتقاد.

فقال سبحانه وتعالى: **﴿لا اكراه فى الدين قد تبين الرشد من الغى﴾**(١)، فلا اكراه ولا اجبار على الدخول فى الدين.

ولكن يجب ردع المعتدين على الدعوة بقتالهم ومحاربتهم.

قال تعالى: **﴿وقاتلوهم حتى لاتكون فتنة ويكون الدين كله لله فإن انتهوا فإن الله بما تعملون بصير﴾**(٢)، لأن فى الاعتداء على الدين هدم لأقوى أسباب تكريم الإنسان وتفضيله.

فحماية الدين من تكريم الإنسان لأن التدين خاصة الإنسان من سائر الحيوان فلابد أن يسلم له اعتقاده ولابد أن تتوافر له حرية الاعتقاد.

ولذلك أقرت الشريعة الإسلامية عقوبة الردة وقتل المرتد الذى يترك دينه ويفرق الجماعة ويشيع الفتنة بين الناس مما تشجع أمثاله من ضعفاء الدين على الخروج منه لو لم يردعوا أو ينفر غيرهم من الراغبين فى الدين ان يدخلوه وهم يرون الناس يخرجون منه لهذه الفتنة الكبرى فرضت عقوبة الردة التى لولاها لوقع الناس فى حرج كبير وفتنة عظمى(٣).

(=) الاستاذ الدكتور/ احمد محمود الشافعى، طبعة سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ، المكتب العربى للطباعة، ص ٤٣٥.

(١) سورة البقرة الآية: ٢٥٦.

(٢) سورة الانفال الآية: ٣٩.

(٣) من فقه السنة فى الحدود، أ.د. محمد نبيل غنايم، ص ٢٨.

قال عليه الصلاة والسلام: «من بدل دينه فاقتلوه»[١].

وقال - ﷺ -: «لايحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله إلا باحدى ثلاث ، الثيب الزانى والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة»[٢].

ولعل فرض حروب الردة وقتال المرتدين أيام الخليفة الأول أبو بكر الصديق اكبر شاهد وأوضح برهان على ماجاءت به الشريعة من أحكام تحفظ للدين قدسيته وتحمل الناس على صونه وعدم الاعتداء عليه[٣].

ثانيا حفظ النفس:

إن العصر الذى نعيش فيه يتسم بسمات العنف وقلة المبالاة بأرواح البشر مع أن المجتمعات المعاصرة تحكمها شرائع تجمع كلها على تحريم القتل والمعاقبة عليه بأشد العقوبات ، كما تتفق معظمها على ضرورة احترام حق الإنسان فى الحياة والمحافظة على سلامته وتوفير الأمن والحماية له.

ومن العجيب أن بعض مقترفى هذه الجرائم البشعة يقترفونها بأعصاب باردة ومشاعر ميتة ، والبعض الآخر يبررون هذه الجرائم بمبررات شتى فى محاولة لخداع أنفسهم أو خداع الآخرين فيزعمون أنهم أنما أقدموا على إرتكاب هذه الأعمال من أجل تحقيق هدف نبيل أو ترويج لأفكار سامية وهم واهمون بل كاذبون فى دعواهم تلك ، فلو كانت غايتهم بهذا القدر من النبل أو على تلك الدرجة من السمو لما كانت الوسيلة اليها جريمة قتل تجمع الشرائع على تحريمها

---

(١) نصب الراية لأحاديث الهداية للامام الحافظ البارع العلامة جمال الدين أبى محمد عبد الله بن يوسف الحنفى الزيلعى، المتوفى سنة ٧٦٢هـ ، الطبعة الأولى، سنة ١٣٥٧هـ ، جـ ٣ ص ٤٥٦.

(٢) صحيح مسلم للإمام الحافظ مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيرى النيسابورى، المتوفى سنة ٢٦١هـ ، طبعة دار الشعب ومعه شرح النووى للإمام يحيى بن شرف بن موسى ابن حسين بن حزام النووى الشافعى أبو زكريا محى الدين، المتوفى، سنة ٦٧٦هـ ، جـ١١ ص ١٦٤.

وإدانتها[١].

ومن هنا اهتمت الشريعة الإسلامية بحقن الدماء فأقرت القصاص فى النفس ، تشريع عادل من أجل الحفاظ على النفوس والأرواح والأبدان والاعضاء فهو عقوبة تقع على الجانى تساوى ما اوقعه على المجنى عليه فهو قد قتل عدوانا فيقتل وهذه هى العدالة.

فاذا اعتدى شخص على مال شخص آخر فان العدل يقرر أن المعتدى عليه يستوفى حقه كاملا من المعتدى.

فاذا كان هذا فى المال فهو أولى أن يكون فى النفس ، لأنه دونها فهى أغلى ، لأنها هى الحياة.

والقاتل حينما يعتدى على المجنى عليه فهو يعتدى على المجتمع بما يحدثه من ترويع وافزاع بين الناس ولذلك كان الاعتداء على النفس اعتداء على الناس جميعا قال الله عز وجل: ﴿من أجل ذلك كتبنا على بنى إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعا﴾[٢].

وما أجمل قول الله تعالى: ﴿ولكم فى القصاص حياة يا أولى الألباب لعلكم تتقون﴾[٣].

أى لكم فى مشروعية القصاص حياة لأن الشخص اذا علم أنه سيقتص منه انكف عن القتل.

وقال العرب / القتل أنفى للقتل.

---

(١) عقوبة الخيانة على النفس فى الشريعة الإسلامية، أ.د. كمال جودة ابو المعاطى، طبعة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م، دار الهدى للطباعة، ص ٣.

(٢) سورة المائدة الآية: ٣٢.

(٣) سورة البقرة الآية: ١٧٩.

فالقصاص شرع لأجل الحياة فالشخص الذى يريد أن يستلب حياة شخص آخر اذا ايقن أنه سيدفع حياته ثمنا لحياة من يقتله تروى كثيرا وفكر طويلا فكف نفسه عن قتل صاحبه ، فتحفظ لهما حياتهما هذا من القتل وهذا من القصاص.

كما أن ايقاع القصاص على القاتل يردع غيره من الإقدام على ما اقدم عليه ذلك الجانى لئلا يلحق به ذلك المصير فيحجم عن الانقياد إلى مابيت فى قلبه من شر[١].

فحماية النفس فيها حفظ حق الحياة الكريمة ويدخل فيها الأمور المعنوية كالمحافظة على الكرامة والحرية ومنع الاعتداء على أى أمر الأمور التى تتعلق بها بما يعد من مقومات حياتها من حرية العمل وحرية الفكر وحرية الإقامة وغير ذلك من عدم إثارة الفتن أو السعى بالفساد بين الناس الذى ينتج عنه تفكك الروابط الإجتماعية والعمل على إيجاد التعاون بين أفراد المجتمع.

وكما يعمل الدين على المحافظة على النفس البشرية بمنع الاعتداء عليها من الغير كذلك يحرم اعتداء الشخص على نفسه بالانتحار أو القتل لقوله تعالى: ﴿ولاتقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما﴾[٢].

كما نهت الشريعة الإسلامية عن تعريض النفس للهلاك والاخطار فقال جل شأنه: ﴿ولاتلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾[٣].

وما هذه المحافظة التى شرعها الله وأمر بها إلا لأن الله خلق الإنسان لكى يستخلفه فى الأرض ويستعمره فيها.

---

(١) القصاص فى النفس فى الفقه الإسلامى - دراسة مقارنة - أ.د. على حسين كرار، طبعة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م ، دار الاتحاد العربى للطباعة، ص ١٢.

(٢) سورة النساء الآية: ٢٩.

(٣) سورة البقرة الآية: ١٩٥.

يقول سبحانه وتعالى: ﴿انى جاعل فى الأرض خليفة﴾[(١)].

والنفوس جبلت على أنها لايردعها إلا الوعيد المخيف والزجر الشديد ولذا يقول سبحانه وتعالى: ﴿ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها﴾[(٢)(٣)].

ولم يتوقف الدين الإسلامى الحنيف عند تشريع العقوبة بل بينت احكامه عظم ذنب جريمة قتل النفس.

قال- ﷺ-: «أول مايقضى بين الناس يوم القيامة فى الدماء»[(٤)].

وقال - ﷺ-: «من قتل معاهدا لم يرح رائحة الجنة وأن ريحها ليوجد من مسيرة أربعين عاما»[(٥)].

وقال أيضا: «من أعان على قتل مؤمن بشطر كلمة لقى الله عز وجل مكتوب بين عينيه آيس من رحمة الله»[(٦)(٧)].

وهذا كله وغيره لأن المحافظة على النفس هى المحافظة على حق الحياة الكريمة ويدخل فى عمومها المحافظة على كل اجزاء الجسم كما يدخل فيها الأمور

---

(١) سورة البقرة الآية: .

(٢) سورة النساء الآية: ٩٣.

(٣) الفقه الإسلامى -الحدود والقصاص والتعزيرات- لجنة اساتذة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، ص ٧.

(٤) نيل الاوطار، للامام محمد بن على الشوكانى، المتوفى سنة ١٢٥٠هـ ، على منتقى الاختيار من أحاديث سيد الاخيار للإمام مجد الدين عبد السلام المعروف بابن تيمية، المتوفى، سنة ٧٢٨هـ . طبعة مصطفى البابى الحلبى، جـ٧ ص ٤٧.

(٥) المرجع السابق، جـ٧ ص ٤.

(٦) المرجع السابق.

(٨) الجريمة واحكامها فى الفقه الإسلامى، مرجع سابق، ص ١٣ وما بعدها ، الجامع لاحكام القرآن، للقرطبى، ابى عبد الله محمد بن احمد بن ابى بكر الانصارى الخزرجى القرطبى الاندلسى، المتوفى سنة ٦٧١هـ ، جـ٤ ص ٢٥٧.

المعنوية كالمحافظة على الكرامة ومنع الاعتداء على أى أمر يتعلق بها ، ومن ذلك حرية العمل ، وحرية الفكر ، وحرية الاقامة وغير ذلك مما تعد الحرية فيه من مقومات الحياة الانسانية الحرة التى تزاول نشاطها فى دائرة المجتمع الفاضل من غير اعتداء على أحد[١].

ثالثا: حفظ النسل:

حفظ النسل وحمايته يكون بالمحافظة على الأعراض. فحرمت الشريعة الإسلامية الزنا لما فيه من ضياع للنسل ، واختلاط للنسب وللحوق العار بالمزنى بها وبأهلها وتعريض ولدها للقتل -غالبا- خشية لحوق العار وتفشى الأمراض الخبيثة وانتشارها فى المجتمع.

فان المزنى بها عرضة لأن يطأها الصحيح والمريض ، فتتسبب بذلك فى نقل عدوى المرض من المريض إلى الصحيح ، مما يؤدى إلى انتشار المرض وتفشيه فى المجتمع والنقص من قدرته وانتاجه ، والسير به إلى طريق الهوان والضياع.

كما يؤدى إلى ابتزاز أموال الزانى وهلاكها فى سبيل الوصول إلى تحقيق مقصوده ، وإشباع لذاته المحرمة[٢].

ومن أجل المحافظة على الأعراض فان قصد الشريعة الإسلامية واضح حينما أباحت الزواج وحرمت الزنا لأنه بالزواج تنشأ الأسرة وهى الخلية الأولى فى المجتمع التى تتكون فى ظلالها العواطف الاجتماعية الراقية من مودة ورحمة وحنان وحب وايثار ولولا الاسر لما نشأ المجتمع الانسانى ولما أخذ طريقه إلى الرقى والكمال.

فالمحافظة على النسل هى المحافظة على النوع الإنسانى بحيث ينشأ كل

---

(١) التشريع الجنائى الاسلامى مقارنا بالقانون الوضعى - عبد القادر عودة - الطبعة الثانية، سنة ١٣٧٨هـ - ١٩٥٩م، جـ١ ص ٦٠٩.

(٢) الجريمة وأحكامها فى الفقه الإسلامى، ص ١٥.

مولود ويتربى بين أبويه ويكون له كالئ يحميه وتلك المحافظة تقتضى تنظيم الزواج ومنع الاعتداء على الحياة الزوجية ومنع العلاقات غير الشرعية أيا كان نوعها وعلى أى صفة كانت ، بل تقتضى منع قذف البريئات والبريئين بالزنا(١).

ولم يكتف التشريع الإسلامى باقرار الزواج لتصريف غريزة الانسان فحسب. بل وضع كذلك سياجا منيعا لهذا النظام حتى لايتسرب إليه مايفسده ويأتى عليه بالعدم ، لذلك حذر من إثارة الغرائز بأى وسيلة من الوسائل التى تؤدى إلى الإنحراف عن هذا المنهج القويم ، فنهى عن الخلوة بالمرأة الأجنبية فقال - ﷺ-: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلو بأمرأة ليس معها محرم فانه ثالثهما الشيطان»(٢).

كما نهى عن النظرة المريبة والصور المثيرة والغناء الفاحش الذى يحرك الطبائع البشرية الكامنة فى النفوس.

قال تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم﴾(٣).

ويقول الرسول - ﷺ-: «ما من امرأة تضع ثيابها فى غير بيت زوجها الا هتكت الستر بينها وبين ربها»(٤).

وعلى كل فقد حرم الإسلام كل ما من شأنه أن يستثير الغرائز ويفتح منافذ الفتنة على الرجل أو المرأة ويدعو إلى الفحش كى تبقى الأسرة والبيت فى معزل عن عوامل الضعف والوهن.

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردى، ص ٢٢٣.
(٢) سنن البيهقى.
(٣) سورة التوبة الآية: ٢٠.
(٤) رواه الترمذى وابو داود، الفتح الكبير، جـ٣ ص ١٠٥.

وكذلك حرمت الشريعة الإسلامية القذف لما فيه من تطاول واجتراء واعتداء على الاعراض التى حافظت عليها الشريعة وعملت على صيانتها. كما أن فيه اضعاف ثقة الناس فى أنسابهم والحاق العار بهم واشاعة للفاحشة بينهم وقطع الصلة بين الناس.

من اجل هذا كله فان الله سبحانه وتعالى حرمه أشد تحريم وأوجب له من العقوبة مايناسبه ويقطع ألسنة المفتريين وهى جلد القاذف ثمانين جلدة ووصمه الفسق ورد شهادته ابدا.

وقال تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولاتقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم﴾[١].

ولاشك ان ماكانت عقوبته كذلك يكون محرما ، فدل هذا على أن حكم القذف هو التحريم وهذا يعم الرجل والمرأة ولكنه ذكر المرأة لأنها أهم ورميها بالفاحشة اشنع وانكى فى النفوس[٢]. لانه كما يقول الشاعر:

جراحات السنان لها التئام ∴ ولايلتئم ماجرح اللسان

رابعا: المحافظة على المال:

من أبرز صفات الفقه الإسلامى المحافظة على حقوق الغير ومنع أى شخص من الاعتداء أو ا لعبث بحقوق الآخرين ، ويتجلى ذلك بوضوح فيما وصفه من حد صارم للمعتدين على أموال الآخرين بطريق السرقة وهو حد أثبت التطبيق العملى أنه لايوجد بديل يغنى عنه أو يقوم مقامه وآية ذلك الماضي والحاضر.

---

(١) سورة التوبة الآية: ٤ ، ٥.

(٢) أحكام جرائم العرض فى الفقه الإسلامى، أ.د. محمد فهمى السرجانى، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ، دار الاتحاد العربى للطباعة، ص ١١٤.

أما الماضى فلقد أفلح المسلمون الأولون أيام أن طبقوا أحكام الشريعة الإسلامية فى شئونهم ، فعاشوا عيشة راضية وأسسوا مجتمعا فاضلا ، وأقاموا دولة كبيرة ذات عزة ومنعه ، تعمل حسابها الأمم وتخشى صولتها الدول.

وأما الحاضر فما نشاهده من أمن واستقرار فى بعض الدول الإسلامية التى تطبق احكام الشريعة بما فيها الحدود ... وما تجده من اضطراب واعتداء صارخ على الأموال في البعض الآخر من البلاد الإسلامية التى تطبق القوانين الوضعية، ولاتسترشد بهدى السماء والتى تركت الأحكام الإلهية واستبدالها بأحكام من صنع الإنسان ، فانتشر الفساد وانحدرت القيم وتهاونت الفضائل وضعفت هذه الدول الإسلامية[١].

خصوصا فى هذا الزمن وتلك الأونة التي اصبحت سرقة المال العام فيها شائعة ومنتشرة إلى الحد الذى اضحى يهدد بالفوضى وينذر بالخطر ، ولايمكن انزجار هؤلاء الناس الا بتطبيق الشريعة ، واقامة حد الله حتى يصلح المجتمع الإسلامى مما اصابة ولقد حافظت الشريعة على المال لانه من ضروريات الحياة التى لايمكن للإنسان العيش بدونها إذ أنه وسيلة التبادل والحصول على مطالب الحياة من مسكن وملبس ومأكل ومشرب ولذا جعل الرسول - ﷺ- الموت دفاعا عن المال شهادة كما جاء فى الحديث: «من قتل دون ماله فهو شهيد»[٢].

وكذلك فان المال زينة الحياة الدنيا يقول الله تعالى: ﴿المال والبنون زينة الحياة الدنيا﴾[٣]، وهو الوسيلة التى تدفع الانسان إلى القيام بالعمل فينتج وينال من المال مايبتغيه.

---

(١) أحكام السرقة فى التشريع الإسلامى - بحث مقارن - أ.د. محمد فهمى عدلى السرجانى، الناشر المكتبة التوفيقية، ص .

(٢) سنن البيهقى، جـ٣ ص ٢٦٥، واخرجه ابن ماجة فى كتاب الحدود حديث ٢٥٨٠، جـ٢ ص ٨٦١.

(٣) سورة الكهف الآية ٤٦.

ولذلك كانت عقوبة القطع أنسب عقوبة لمن لايمنعه عقل ولايكفه نقل ولاتزجره ديانة ، ولاترده مروءة أو امانة فقال العليم الخبير: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاءا بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم ، فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه إن الله غفور رحيم﴾[١].

وقد عنيت الشريعة ببيان عقوبة هذه الجريمة لما فيها من اعتداء على نظام الملكية الفردية. ولو لم يعاقب عليها لكان لكل امرئ ان يشارك غيره فى طعامه وشرابه وكسائه وسكنه وذلك يؤدى إلى العداوة والبغضاء والتطاحن بين أفراد المجتمع والأسرة الواحدة.

وهناك جريمة اخرى فيها اعتداء على المال ويعبر عنها رجال الفقه الإسلامى بالسرقة الكبرى. وهى قطع الطريق وسميت كبرى لأن ضرر قطع الطريق يقع على أصحاب الأموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق لهذا غلظت فيها العقوبة بخلاف السرقة الصغرى.

والأصل فى هذه العقوبة قوله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ، أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾[٢].

فقد خير الإمام فى حده بين قتله وصلبه أو قطعه من خلاف أو نفيه من الأرض.

وذلك حسبما يراه اكثر ردعا ، وأشد تأثيرا وإيلاما للمحارب وعملا لجلب المصلحة ، ودفع المفسدة مما يحقق المصلحة العامة لامن الوطن والمواطنين.

(١) سورة المائدة الآية: ٣٨ ، ٣٩.

(٢) سورة المائدة الآية: ٣٣ ، ٣٤.

فكان تشريع حد الحرابة فيه القضاء على الفساد والمفسدين الذين نسوا الله فأنساهم أنفسهم وهذه عاقبة الظالمين المعتدين العابثين بأمن الوطن والمواطنين.

وذلك للقضاء على الحوادث والوقائع التي فيها اعتداء على الأعراض وخطف الفتيات قهرا عنهن ، واقتحام المنازل على أهلها الآمنين وسلب أموالهم كرها ، والتعرض لهم بالضرب والايذاء وخدش الحياء وكشف أستارهم ، ونشر الخوف والفزع والرعب بين ا لناس والعبث فى الأرض فسادا وتخريبا وتدميرا ، ونشر الفوضى والاضطراب بين المواطنين.

ويرى بعض الفقهاء أنه يعتبر من المحاربين كل من يقوم بجلب المخدرات والمسكرات مثل الأفيون والحشيش ، والهيروين والكوكايين وغير ذلك من السموم وبيعها للمواطنين مما يكون له أسوأ الأثر على صحتهم العامة وإنتاجهم خاصة الشباب منهم وهم رجال الغد المأمول ، ومن تقع على كاهلهم وسواعدهم قيادة هذا الوطن العزيز.

ويكون من المحاربين أيضا كل من يباشر أو يتسبب فى حجب أرزاق المواطنين. أو انقاصها أو افسادها أو أى عمل من شأنه الإضرار بهم وبأرزاقهم أيا كان هذا المباشر أو المتسبب أفرادا أو جماعات صغيرا كان أو كبيرا حاكما أو محكوما فيجب التشدد فى عقوبة تصدهم عن مثل هذه الجرائم التى تسبب فسادا كبيرا فى كل مجتمع تقع فيه[(١)].

وقد عنيت الشريعة الإسلامية ببيان عقوبة هذه الجريمة لرغبتها فى حفظ النظام والأمن العام فى الدولة من كل اعتداء وإرهاب ، لأن فى هذه الجريمة اعتداءا صريحا على كرامة الدولة ، وعلى ارواح وأموال أفرادها.

كما أن ذلك يزعزع ثقة الناس فى النظام القائم لعدم قدرته على فرض

(١) الحرابة - دراسة فقهية مقارنة - دكتور/ مصطفى عامر حسين، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، ص ٢٧.

الأمن بين الناس ، كما وانه يؤدى إلى التكاسل بين أفراد الأمة ، وعدم السعى فى الأرض بحثا عن الرزق كالتجارة والصناعة وغيرها خوفا من التعرض لإرهاب المحاربين وأذاهم. ومن أجل ذلك عنيت الشريعة ببيان عقوبة هذه الجريمة بل وفرضت لها من العقوبات ماهو أشد من أية عقوبة اخرى مقدرة وذلك لزجر وردع من تسول له نفسه اقتراف هذا الفعل.

فالمحافظة على المال تكون بمنع الاعتداء عليه بالسرقة أو بالغصب أو بالاختلاس أو بالتبذير أو نحو ذلك. وبالعمل على تنميته ووضعه فى الأيدى التى تصونه وتحفظه وتقوم على رعايته . لأن المال قوة للأمة كلها فيه ازدهارها ونماؤها ، ومن أجل ذلك وضعت الشريعة العقوبات المناسبة لكل اعتداء عليه ، كما ارشدت أصحابه إلى تنميته واستثماره بالطرق المشروعة[١].

خامساً المحافظة على العقل:

لقد كرم الله الإنسان بعقله وبه فضله على باقى مخلوقاته وبه تعبده فى الأرض والقى إليه التكاليف الشرعية إذ جعل مناط التكليف العقل فبه يفكر ويعقل ويعرف النافع من الضار والخير من الشر فاذا ما اعتدى علي هذا العقل بسكر يخامره ويغيبه أصبح وجوده كعدمه حيث ان المجنون يرى البعيد قريبا. والقريب بعيدا ويذهل عن الواقع الذى يعيش فيه ويتخيل ماليس بواقع واقعا ولذلك أمر الله بالمحافظة على هذه الجوهرة التى هى سر من أسرار الله فى خلقه وخص بها الإنسان كما حرم الاعتداء بما يضر بالعقل من تناول المسكرات أو المخدرات وذلك لان الانسان اذا ما أصيب بآفة فى عقله اصبح عبئا على المجتمع ومصدر شر واذى على الجماعة والواجب ان تكون اعضاء المجتمع سليمة تمده بالخير وتصله بكل عناصر القوة والمنفعة[٢].

---

(١) مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، فضيلة الشيخ محمد ابو زهرة، عدد يوليو سنة ١٩٦٣م.

(٢) الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ٩.

فمن أجل الحفاظ على العقول ومايترتب على سلامتها من مغانم وعلى تلفها من أضرار وخبائث شرعت عقوبة السكر وبتطبيقها يسلم المجتمع صغيرا كالاسرة ، أو كبيرا كالامة من أضرار كثيرة فى الأرواح والأعراض والأموال وفى غيابها يتعرض المجتمع صغيرا كان أو كبيرا لاضرار باهظة فى الارواح والاعراض والاموال والواقع خير شاهد على ذلك[١].

وقد ورد تحريم الخمر فى القرآن الكريم فى قوله تعالى: ﴿ إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ﴾[٢]، وقال الرسول - ﷺ -: «كل مسكر خمر وكل مسكر حرام»[٣].

وقد نص القرآن الكريم على تحريم جريمة الشرب ، وتناولت السنة عقوبتها لما فى هذه الجريمة من اعتداء على الجماعة ، وهدم للنظم التى تقوم عليها ، وذلك لأن الخمر تؤدى إلى فقدان الشعور ، واذا فقد الشخص شعوره كان على استعداد لارتكاب ماتسوله له نفسه من الجرائم ، لأنه بفقده شعوره يفقد آدميته، فضلا عن أن شرب الخمر يضيع المال ويفسد الصحة ويضعف النسل. فكان لابد من تحريمها حفاظا على المبادئ التى حرصت جميع الشرائع على صيانتها[٤].

ب- الحاجيات:

وهى مايحتاج إليه الناس لليسر والسعة واحتمال مشاق التكليف واعباء الحياة ورفع الضيق المؤدى فى الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب.

---

(١) من فقه السنة فى الحدود ، المرجع السابق، ص ٢٨.

(٢) سورة المائدة الآية: ٩٠.

(٣) سبل السلام للامام محمد بن اسماعيل الكحلانى ثم الصنعانى المعروف بالأمير، المتوفى سنة ١١٨٢هـ، طبعة مصطفى البابى الحلبى، جـ٤ ص ٣٢.

(٤) عقوبة السارق بين القطع وضمان المسروف فى الفقه الإسلامى، د. احمد توفيق الأحول، دار الهدى للنشر والتوزيع، الرياض، ص ٢٨.

وهذه الحاجيات اذا لم توجد لايختل بها حال الناس كما لوتخلفت الضروريات.

ولقد شرع الله احكاما لتحقيق اليسر ورفع الحرج عن عباده وهى جارية فى العبادات والعادات والمعاملات والجنايات.

ففى العبادات: شرح الاسلام الرخص المخففة بالنسبة إلى لحوق المشقة بالمرض والسفر ، فاباح الفطر فى رمضان لمن كان مريضا أو على سفر كما أباح القصر والجمع فى السفر والتيمم عند العجز عن استعمال الماء وغيرها من الرخص.

وفى المعاملات: شرع الاسلام كثيرا من العقود التى تترتب عليها منافع للناس وتؤدى إلى رفع الحرج عنهم مثل عقود المزارعة والمساقاة والمرابحة والسلم والتولية[1] وحرم الربا والاحتكار وكل تعامل يلحق العنت بالناس.

وفى العادات: اباحة الطيبات من الرزق كاباحة الصيد والتمتع بما احل اكله وشربه ولبسه وركوبه وسكناه.

وفى الجنايات: خفف الله عن عباده ما اوجبه فى الضروريات من القصاص حماية للانفس فجعل الدية على العاقلة فى القتل الخطأ ، وأمر النبى - ﷺ- أن تدرأ الحدود بالشبهات[2]، واعطى الله تعالى ولى المقتول حق العفو عن القاتل فلا يقتص منه.

قال تعالى: ﴿ياأيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى

---

(١) المزارعة: هى اتفاق صاحب الارض مع آخر ليزرعها له مقابل حصه مما تخرجه.
المساقاة: هى اعطاء الشجر من يصلحه على جزء من ثمره.
المرابحة: البيع بزيادة على ثمن الشراء.
السلم: بيع شئ مؤجل بثمن عاجل.
التولية: بيع التاجر الشئ بالثمن الذى اشتراه به.

(٢) سنن البيهقى، جـ٨ ص ٢٣٨.

القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من اخيه شئ فاتباع بالمعروف وأداء إليه باحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب اليم ﴾[١].

جـ- التحسينات أو الكماليات:

ومعناها الأخذ بمايليق من محاسن العادات ، وتجنب الأحوال المدنسات التى تأنفها العقول الراجحات ويجمع ذلك قسم مكارم الاخلاق[٢].

فكما شرع الدين أحكاما للضروريات والحاجيات شرع احكاما للكماليات تتصل بمحاسن العادات وكريم الاخلاق تهدى الناس إلى اقوم طريق لكمالهم وجمال حياتهم[٣].

ففى العبادات: كازالة النجاسة ، وأخذ الزينة ونحو ذلك ، وفى العادات: كآداب الأكل والشرب ، ومجانبة المأكل ذات النجاسات ، والمشارب المستخبثات ونحو ذلك.

وفى المعاملات: كالمنع من بيع النجاسات وفضل الماء ونحو ذلك وفى الجنايات ، كمنع قتل الحر بالعبد أو قتل النساء والصبيان في الجهاد.

فهذه الأمور راجعة إلى محاسن زائدة على أصل المصالح الضرورية والحاجية ، إذ ليس فقدانها بمخل بأمر ضرورى ولاحاجى ، وانما جرت مجرى التحسين والتزين.

ومماتقدم يتبين أن الاحكام الشرعية بما وردت فيها من امور العبادات والمعاملات والعقوبات وماشرع فيها من قواعد الاخلاق وضبط المسلك الفردى

---

(١) سورة البقرة الآية: ١٧٨.
ويراجع اصول الفقه الإسلامى، أ.د. احمد محمود الشافعى، ص ٤٤٠.

(٢) الموافقات للشاطبى، جـ٢ ص ٦١٥.

(٣) اصول الفقه الاسلامى، أ.د. احمد محمود الشافعى، ص ٤٤٢.

والجماعى انما جاءت تستهدف الحفاظ على المقاصد الشرعية بانواعها الثلاثة.

الضرورية والحاجية والتحسينية. وان هذه المقاصد ليست على درجة واحدة فاهمها الضرورى الذى يترتب على فقده الاخلاق بامر ضرورى لازم لنظام الحياة ويترتب عليه مصلحة حقيقية.

ثم تلى الضرورية الحاجية: والتى يترتب على فقدها العسر والمشقة.

ثم تلى الحاجية التحسينية: والتى لاتبلغ فى الأهمية مبلغ المقاصد الحاجية ولا الضرورية. ولكن يترتب على فقدها فقد الكمال فى الأمور وماتستحسنه العقول.

ويترتب على هذه الاهمية المتقدمة لكل من الضرورى والحاجى والتحسينى ان الضرورى من المقاصد اصل للحاجى والتحسينى ، فلا يجوز لذلك ان يراعى حكم حاجى أو تكميلى مع اخلال فى حكم ضرورى. فمثلا حفظ النفوس ضرورى ، وحفظ المرؤة تحسينى ، وقد حرمت النجاسات حفظا للمرؤات وتعويدا لاهلها على محاسن العادات ، فاذا دعت ضرورة لاحياء نفس بتناول النجس كان تناوله اولى ، حفظا للنفس من الهلاك ، فلو ترك تناول النجس حفظا للمرؤة ومحاسن الصفات مع تعرضه لبطلان الاصل الضرورى كالموت جوعا لم يصح اعتبار التحسينى ، لأن اعتباره ادى إلى بطلان الاصل الضرورى وهو حفظ النفس.

القسم الثانى: المصالح الملغاة:

وهى التى قامت الأدلة الشرعية المعنية على عدم اعتبارها والالتفات اليها فى التشريع وهذه لايصح التعليل بها وبناء الأحكام عليها كالاستسلام للعدو مثلا فانه وان كان فيه مصلحة فان هناك مصلحة أرجح منها وهى حفظ كيان الأمة الاسلامية والاحتفاظ بكرامتها وعزتها[1].

(١) التشريع الاسلامى والقانون الوضعى، د. شوكت محمد عليان، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م ، دار الشواف للنشر والتوزيع، ص ٢٧٩ ومابعدها.

ومن هذا النوع من المصـالح: المطالبـة بالتســوية بين المرأة والرجل فى الميراث والشهادة والزواج الفردى يمنع تعدد الزوجات فهذه المصالح الغاها الشارع ولم يعتبرها ، وشرع هذه الأحكام لمصالح اخرى تفوق تلك المصالح.

القسم الثالث: مصالح لم يقم دليل معين على اعتبارها ولاعلى الغائها:

بمعنى انه انه ليس فيـه نص ولا اجماع سابق يبين حكمـها ، وليس لها نظير معين مما نص على حكمه أو اجمع عليه تلحق به فى حكمه بطريق القياس وهى ماتسمى بالمصالح المرسلة.

وهذا القسم هو محل الخلاف بين الفقهاء فى اعتبار المصالح دليلا يستند إليه من تشريع الأحكام باباحة بعض الافعال أو المنع منها.

الفـرع الثانى

منزلة الحضـــانة

من المصالح المعتبرة شرعا

بالنظر فى اقسام المصالح المعتبرة شرعا والسالف ذكرها يتبين لى أن الحضانة تندرج تحت المصالح الضرورية وخاصة المصالح المتعلقة بحفظ النفس والنسل والدين.

لأن الغرض من الحضانة هو «تربية من لايستقل بأموره بما يصلحه ويقيه عما يضره ولو كان كبيرا مجنونا أو معتوها» ، فيعطون الكبير المجنون ومن فى حكمه ممن يعجزون عن القيام بأمورهم حكم الصغير فى انه يجب أن يكون فى حضانه من يرعاه ويهتم به[1].

فمن ناحية علاقة حفظ النفس بالحضانة: فالحضانة في الأصل هى القيام بخدمة المحضون من حيث نظافته ومأكله ومشربه وملبسه ومرقده والسهر

(١) الوجيز لأحكام الأسرة فى الاسلام، الاستاذ الدكتور/محمد سلام مدكور، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٥، ص ٤٦٥.

على صحته حتى لايهلك.

وهذا الغرض هو نفسه المراد بحفظ النفس كضرورة فى الشريعة الإسلامية.

لأن المحافظة على النفس هى المحافظة على الحياة العزيزة الكريمة ويدخل فيها منع الاعتداء على النفس أو الأطراف أو أى جزء من اجزاء الجسم.

لأن النفس تتحقق وتوجد بالترويج الذى يؤدى إلى بقاء النوع الإنسانى ، والمحافظة على بقائها بفرض العقوبة على القاتل وهو القصاص أو الاعدام ، وذلك لأن حق الحياة حق مقدس والاعتداء عليه يؤدى إلى افناء البشرية وزجها فى بحر متلاطم من الدماء والمنازعات.

فحضانة الولد هى حفظ لنفسه لأنه لو ترك بدون حضانة «رعاية» لهلك، فمحافظة على نفسه شرعت الحضانة.

ومن ناحية علاقة حفظ النسل بالحضانة: فان الله سبحانه وتعالى شرع لنا الزواج للتناسل وبقاء النوع الانسانى على اكمل الوجوه.

ولاشك أن قيام الأم بخدمة الولد والمحافظة عليه حتى يسلم إلى والده أو من يقوم مقامه لكى يتولى تعليمه وتزويجه لأن النفس تتحقق وتوجد بالتزويج الذى يؤدى إلى بقاء النوع الإنسانى لأن الهدف الرئيسى من الزواج هو الإنجاب واستمرار اعمار الكون من اسر جديدة تعبد الله توحده ويكثر عدد الأمة.

فالزواج استجابة لفطرة الله سبحانه وتعالى التى فطر الانسان عليها ، حيث ركب فيه غريزة الحفاظ على ابقاء النوع الإنسانى والهمة الرغبة فى الازدواج ، ووهبه فطرة الاشفاق والحنو على ثمرة هذا الزواج المشروع[١].

---

(١) دروس فى النسب، للشيخ محمد احمد فرج السنهورى، حقوق القاهرة، ١٩٧١ / ١٩٧٢، ص ١ وما بعدها.

فحضانة الولد هى حفظ لنفسه حتى يسلم لوليه فيزوجه فيحافظ بزواجه على النسل تنفيذا لقول رسولنا الكريم: «تناكحوا تناسلوا فانى مباهى بكم الأمم يوم القيامة»(١).

وأما من ناحية علاقة حفظ الدين بالحضانة: فقد أوجب الله تعالى الايمان به لأن التدين يسمو بالانسان ويرقى به عن درك الحيوانية ، لأن الدين رابط روحى وحصن نفسى يمنع المتدين من أن يتردى فيما يؤذى ويضر أو يقطع الألفة الاجتماعية لأن التدين خاصة الإنسان من بين سائر الحيوانات ، واذا كان خاصة الانسان فحمايته حماية لأقدس المعانى الإنسانية ، وأشرف الحقائق فى هذا الوجود.

هو صلة المخلوق بالخالق ، وهو النور المنبعث من ابن الأرض إلى السماء فكان لابد من حمايته(٢).

ولاشك أن حماية الدين الإسلامى عند الولد هو من اسباب الحضانة.

لان الحاضنة تربى الولد على مبادئ الدين الإسلامى الحنيف وتغرس قواعده العامة حتى ينشأ صالحا فى دينه مصداقا لقول رسولنا محمد - ﷺ -: «مامن مولود يولد إلا ويولد على الفطرة فابواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه»(٣).

---

(١) سبل السلام، جـ٣ ص ١١١.
(٢) تنظيم الاسلام للمجتمع، ص ٦٠.
(٣) سنن البيهقى، جـ٦ ص ٢٠٢.

الفصـــل الثانى
الشروط العامة لاستحقاق الحضانة
المتفق علــــيها

تمهيد وتقسيم:

ولاية الحضانة تثبت على الولد لحفظه والبعد به عن المخاطر والمهالك ، لعجزه عن ترتيب امور حياته وعدم ادراكه لما ينفعه ويضره. حتى يبقى النوع الإنسانى إلى الوقت المقدر فى علم الله تعالى.

وقد ثبت أن الحضانة حق للحاضن والمحظون وأن حق المحضون فيها أقوى من حق الحاضن أو الحاضنة لحاجته إلى التربية الصحيحة القويمة حتى يشب على الجادة المستقيمة.

ولما كان لهذه الفترة أثر بالغ فى حياة الولد لأنه يتوصل بها فى مستقبل ايامه إلى حياة حرة كريمة مستقلة يعتمد بعد تجاوزها على نفسه ويكون لبنة صالحة فى بناء مجتمعة ورقية.

ولما كانت الحضانة بالنسبة للحاضن نوع ولاية وسلطة أثبتها الشارع له لكى يكون له حق التصرف والرعاية للمحضون بما يحقق الغرض المنشود منها وهى تتطلب الحكمة واليقظة والصبر والخلق الكريم.

ومن ثم اتفق الفقهاء على ضرورة توافر البلوغ والعقل فى الحاضن أو الحاضنة.

واتحدث عنهما فى هذا الفصل فى مبحثين كما يلى:

المبحث الأول: البلوغ.

ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: التعريف بالاهلية وبيان أقسامها.

المطلب الثانى: مدى استحقاق السفيه للحضانة.

المبحث الثانى: العقل.

ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: حالة انعدام العقل «الجنون».

المطلب الثانى: حكم المغمى عليه ومدى استحقاقه للحضانه.

المبحث الأول

البلــــــــوغ

تمهيد وتقسيم:

من المعروف أن أساس كل عقد أو التزام هو عبارة عاقدية أو عبارة منشئة اذا كانت دالة على إنشائه وقصده.

ولكن الناس ليسوا سواء فى صلاحية عبارتهم لايجاد العقد وانشائه ، بل منهم من تعد عبارته لغوا من القول فلا ينشأ عنها أى التزام بل ولا أى أثر ، ومنهم من يكون لعبارته أثر محدود ، فيترتب عليها بعض الآثار ترتبا مطلقا أو مقيدا بموافقة إرادة اخرى ، ولايترتب عليها بعضها الآخر ، ومنهم من يستقل بانشاء جميع العقود بعبارته فيكون لها الأثر المطلوب والحكم المرغوب.

واختلاف الناس فى ذلك يرجع إلى اختلافهم فى أمرين هما الأهلية ، والولاية ، فمن فقدهما معا لم يكن لعبارته أثر لانعدام قصده وارادته ومن توافرتا فيه على كمال نشأت عن عبارته جميع العقود والإلتزامات ونفذت ومن لم تكتمل فيه كان لعبارته بعض الآثار دون بعضها الآخر[1].

وهذا يتطلب بيان معنى الأهلية والولاية واتحدث هنا عن الاهلية بشئ يسير أما الولاية فقد سبق الحديث عنها

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية -الاستاذ الشيخ على الخفيف، طبعة دار الفكر العربى، ص ٢٣٥ ، ٢٣٦ ، والفقه الإسلامى، المدخل ونظرية العقد لفضيلة الاستاذ عيسوى أحمد عيسوى، مطبعة دار التأليف، ص ٤٤٤ ، المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى، وقواعد الملكية والعقود فيه للاستاذ الكبير محمد مصطفى شلبى، طبعة دار النهضة العربية، سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣ ، ص ٤٩٠.

المطلب الأول

التعريف بالأهلية
وبيان أقسامها

الفرع الأول

التعريف بالأهلية

فى اللغة: هى الصلاحية مطلقا ، يقال فلان أهل لعمل كذا اذا كان صالحا للقيام به ، ويقال فلان أهل لهذا العقد إذا كان صالحا للقيام به أو لطلبه منه أو لاستحقاقه له[1].

وعند الفقهاء: هى صفة يقدرها الشارع فى الشخص تجعله صالحا لثبوت الحقوق له ووجوب التزامات عليه وصحة التصرفات منه.

والأهلية بهذا المعنى الواسع لاتثبت لكل شخص ، بل قد يثبت له منها جزء أو اجزاء على حسب كمال الشخص فى جسمه وعقله ونقصانه ، وهى تتدرج مع الشخص حتى تصل إلى درجة الكمال عندما يصل إلى درجة الكمال فكلما كان الشخص ناقصا كانت اهليته ناقصة ، وكلما قل نقصه زادت أهليته فاول مراحلها ثبوت الحقوق له ، ثم ثبوت الحقوق عليه ، ثم صحة بعض التصرفات منه ثم صحة كل تصرفاته وتحمل المسئوليات[2].

---

(١) مختار الصحاح، جـ٣ ص ٣٣١ باب الألف فصل الهاء ، المعجم الوسيط، جـ١ ص ٣٢ مادة أهل ، طبعة بيروت مصورة عن طبعة دار المعارف سنة ١٣٩٣هـ - ١٩٧٣م توزيع دار الباز بمكة المكرمة ، الصحاح للجوهرى، جـ٤ ص ١٦٢٨ ، طبعة ٢ بيروت بصوره.

(٢) كشف الأسرار عن اصول البزدوى، لعبد العزيز البخارى، جـ٤ ص ٢٣٧ ، طبعة الشركة الصحافية العثمانية سنة ١٣٠٨هـ ، التقرير والحبير، جـ٢ ص ٦٤. ، التلويح على التوضيح، جـ٢ ص ١٦١ ، ١٦٢ ، طبعة دار الكتب العلمية -بيروت- لبنان، توزيع دار الباز بمكة المكرمة ، حاشية الرهاوى على المنار، ص ٦٣٠ ، التعريفات للجرجانى، ص ٤٠ ، المكتبة الفيصلية ، مكة المكرمة.

(٣) المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى، ص ٤٩١.

الفرع الثاني

اقسام الاهلية

قسم الفقهاء الاهلية إلى قسمين: أهلية وجوب وأهلية أداء. وكل منهما إلى قسمين ناقصة وتامة(١).

---

(١) **أهلية الوجوب هي:**
صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه أي صلاحيته لأن تثبت له الحقوق وتجب عليه الواجبات. وبعبارة أخرى صلاحية الشخص للإلزام والالتزام. وأساس ثبوت هذه الأهلية الحياة فهي موجودة لدى كل انسان حي:
وتنقسم إلى قسمين:
أهلية الوجوب الناقصة: وهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له فقط وهي الحقوق التي لاتحتاج إلى قبول وذلك كالوصية والارث وثبوت النسب.
وأهلية الوجوب الكاملة: وهي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له ووجوب الالتزامات عليه.
وأهلية الأداء: ويراد بها أهلية المعاملة والتصرف، أي صلاحية الشخص لصدور الأفعال منه على وجه يعتد به شرعا.
ومعنى صلاحية الشخص «أي أن يكون صحيح العقل والبدن».
ومعنى على وجه يعتد به شرعا «أي يكون الفعل أو القول الذى يصدر منه على وجه يقره الشارع، فتثبت له حقوق نحو الغير، كما يجب عليه الالتزامات التي يلتزم بها نحو غيره.
وتعريف فقهاء القانون المدني المصرى قريب من هذا حيث انهم عرفوها بأنها «صفة تلحق الشخص فتصبح بها أعماله منتجة لآثارها القانونية فى حق نفسه».
وهذه الأهلية تنقسم إلى قسمين:
أهلية الأداء الناقصة: هى صلاحية الإنسان لصدور بعض الأفعال منه دون البعض الآخر والاعتداد بها شرعا وهى ثابتة للصبى المميز والمعتوه المميز.
وأهلية الأداء الكاملة: هى صلاحية الإنسان لصدور جميع الأفعال منه والإعتداد بها شرعا وعدم توقفها على رأى غيره وهى مرتبطة بالبلوغ والرشد.
يراجع كشف الاسرار عن اصول البزدوى، جـ٤ ص ٢٣٧، شرح التلويح على التوضيح، جـ٢ ص ١٦١، تيسير التحرير لمحمد بن امين المعروف بأمير بادشاه، جـ٢ ص ٢٤٩، ط دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان، توزيع مكتبة الباز بمكة المكرمة، شرح المنار، ص ٩٣٨، مسلم الثبوت لمحب الله بن عبد الشكور، جـ١ ص ١٥٦. بأسفل المستصفى للغزالي، ط دار الكتب العلمية - بيروت، سنة ١٤٠٣هـ، مصورة على ط الاميرية سنة ١٣٢٤هـ، الوسيط، للسنهورى، جـ١ ص ٢٦٨، النظرية العامة للحق، للدكتور شفيق شحاتة، ص ٧٢، حاشية الازميرى على مرآة الأصول، جـ٢ ص ٤٣٦.

والانسان منذ أن يصير جنينا فى بطن أمه إلى أن يلقى ربه جل جلاله له حقوق وعليه واجبات تختلف حسب المرحلة التى يمر بها من حياته.

ومن خلال دراسة الأهلية بنوعيها - الوجوب والاداء - تبين لى أن الأهلية لاتثبت للإنسان دفعة واحدة ولكنها تتدرج معه فى كل دور من أدوار حياته كما يلى:

الدور الأول: دور الجنين.
الدور الثانى: دور الإنفصال إلى التمييز.
الدور الثالث: دور التمييز إلى البلوغ.
الدور الرابع: دور البلوغ مع الرشد.

واشير فيما يلى إلى نوع الأهلية التى تثبت للإنسان فى كل دور من هذه الأدوار.

الدور الأول: دور الإنسان وهو جنين فى بطن أمه:

ويبدأ هذا الدور من لحظة العلوق حتى انفصال الجنين حيا ، وتثبت له فى هذا الدور أهلية الوجوب الناقصة.

فهذه الأهلية موجودة فى كل انسان حى من بدء ظهور الحياة فيه إلى انتهائها ، سواء كان صغيرا أو بالغا وسواء كان عاقلا أو مجنونا وسواء كان رشيدا أو سفيها ، حرا أم عبدا وتثبت له هذه الأهلية ، لأن انسانيته ناقصة وليست كاملة ، بل هو إنسان من وجه دون وجه ، فمن حيث انه يتغذى بغذاء امه ويتحرك بتحركها ، وينتقل بتنقلها لايعتبر انسانا مستقلا ، ومن حيث إنه على وشك الانفصال عنها يعتبر إنسانا مستقلا فمراعاة للناحيتين يثبت له بعض مايثبت للإنسان وهو ثبوت بعض الحقوق[1].

---

(١) المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى، ص ٤٩٣.

الدور الثاني: دور الانفصال إلى التمييز:

ويسمى دور الطفولة ويبدأمنذ ولادة الانسان حتى بلوغه سن التمييز وهو بلوغه السابعة من عمره وفى هذا الدور تثبت له أهلية وجوب كاملة.

وتكون عقوده باطلة لضعف جسمه وقصور عقله وعدم فهمه الخطاب وعليه فوليه من أب أو جد أو وصى يقوم مقامه فى مباشرة ماتدعو إليه حاجته من عقود وتصرفات(١).

الدور الثالث: دور التمييز إلى البلوغ:

ويبدأ هذا الدور ببلوغ الصبى سن السابعة من عمره ، وينتهى بالبلوغ ويعرف بالعلامات الطبيعية إن وجدت وإلا ببلوغ تمام الخامسة عشرة من عمره عند جمهور الفقهاء.

ومعنى التمييز أن يصير بحالة يفرق فيها بين الخير والشر والنفع والضرر ويعرف معانى الألفاظ والمقصود منها اجمالا ، فيعرف أن البيع يخرج المال عن ملكه ويدخله فى ملك غيره ، والشراء بالعكس.

وتثبت للانسان فى هذا الدور أهلية وجوب كاملة وآداء ناقصة فهو صالح لمباشرة التصرفات النافعة نفعا محضا دون الضارة به ضررا محضا ، وأما الدائرة بين النافع والضار فهى صحيحة من الصبى المميز مع توقف نفاذها على اجازة الولى أو الوصى وتحصل الموافقة صراحة أو ضمنا بالتصرفات اذا كانت جائزة ويملكها هو أى الولى.

وأما توقفها على اجازة الولى فلقصور أهلية الصبى ، ولاحتمالها الأمرين ، فاذا أجازها عرفنا أن جهة النفع راجحة ، وإذا رفضها عرفنا أنها

---

(١) دراسات فى المدخل إلى الفقه الإسلامى، أ.د. احمد النجدى زهو، الناشر مكتبة النصر، ص٣٩٦.

بالعكس[١].

الدور الرابع: دور البلوغ والرشد:

وفى هذه المرحلة يكون جسم الانسان فيها وعقله أقرب إلى التمام فيكمل للشخص فيه أهلية الأداء بالاتفاق إذا بلغ رشيدا. وهذا الدور يبدأ من بلوغ الانسان عاقلاً وينتهى بالموت.

ويثبت له فيه أهلية وجوب كاملة وأهلية أداء كاملة ويصير أهلا لتوجيه الخطاب إليه بجميع التكاليف الشرعية من الإيمان والعبادات وغيرها.

ولذا تكون عبارته صحيحة معتبرة فى جميع العقود والتصرفات ويستمر له ذلك إلى الموت دون توقف على إجازة أحد[٢].

الفرع الثالث

من تثبت له

حضانة الصغير

وبعد هذا العرض البسيط ابين متى وفى أي مرحلة يجوز للانسان فيها أن يتولى حضانة الصغير.

أولا: فى المرحلتين الأولى والثانية لاتثبت الحضانة للصبى باتفاق الفقهاء.

فهو ليس أهلا لها لأنه لايستقل بامور نفسه ولايستغنى عن غيره فهو فى حاجة إلى من يحضنه ويقوم بشئونه وإلى وليه للإشراف عليه فلا يكون صالحا لتولى أمر غيره من باب أولى.

---

(١) الشرح الكبير باسفل المغنى، جـ٣ ص ٦ ، مواهب الجليل، جـ٥ ص ٦٠ ، مغنى المحتاج، جـ٢ ص ٧ ، المحلى، جـ٨ ص ٣٢٣ ، ط دار الفكر - بيروت.

(٢) المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف، ص ٢٤٥.

كما أن الحضانة نفسها من باب الولاية على النفس وغير البالغ ليس من أهل الولاية على المحضون(١).

إما فى المرحلة الثانية: وهى التى يبلغ فيها الصبى سن السابعة من عمره وتنتهى بالبلوغ وفى هذه المرحلة يسمى الصبى بالصبى المميز لأنه يستطيع التمييز بين النافع والضار الا أنه غير رشيد.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم استحقاقه للحضانة لقصور عقله(٢).

أما الحنابلة فقد اكتفوا بالبلوغ كشرط فيمن تثبت له الحضانة(٣).

وعند المالكية لايشترط كون الحاضن بالغا مادام عاقلا رشيدا إلى جانب استيفاء بقية شروط الحضانة الأخرى على أنهم بينوا أن المقصود بالرشد هنا عن هو عدم اضاعة المال(٤).

فمن كان قادرا على حفظ ماله وحسن التصرف فيه تثبت له الحضانة ولو لم يكن بالغا.

وعند بعض المتأخرين من الاحناف يجوز اثبات الحضانة للمراهقة.

وقد قال ابن عابدين ان هذا يكون عندما يدعى الصبى أنه قد بلغ

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٢ ص ٨٧١ ، العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية - تأليف العلامة، السيد محمد أمين ابن عمر ، المشهور بابن عابدين، المتوفى سنة ١٢٥٢هـ ، الطبعة الثانية سنة ١٣٠٠هـ ، بالمطبعة الإميرية وعلى هامشها الفتاوى الخيرية، جـ٢ ص ٦١ ، المغنى، جـ٩ ص ٢٩٧ ، كشاف القناع، جـ٣ ص ٣٢٨.

(٢) الاقناع فى حل الفاظ ابى شجاع، جـ٢ ص ١٥٠ ، نهاية المحتاج، جـ٧ ص ٢٣١ ، مغنى المحتاج ، البهجة لابن عبد السلام التسولى، جـ١ ص ٣٠٧ ، المغنى، جـ٧ ص ٦١٢ ، زاد المعاد، جـ٤ ص ١٦٣.

(٣) المغنى والشرح الكبير، جـ٩ ص ٢٧١ ، كشاف القناع، جـ٥ ص ٤٩٨ ، العدة شرح العمدة، ص٤٤٦.

(٤) مواهب الجليل، جـ٤ ص ٢١٦ ، الدسوقى، جـ٢ ص ٥٢٨ ، شرح الخرشى، جـ٤ ص ٣١٢.

ويصدقه الظاهر فتطبق عليه احكام البالغ بشرط أن يكون عاقلا وخاصة عند استحقاقه للحضانة[١].

وقال من لايشترط البلوغ فى الحاضن ، ان الذى يقوم بأمور الحضانة نيابة عن الصبى ، هو حاضنه وعليه فيكون الصبى الحاضن مع حاضنه حاضنين للصبى المحضون ويكون مثله كمثل الحاضنة المسنة العاجزة عن القيام بالحضانة أو العمياء المعقدة التى عندها من يحضن الولد.

وعندهم لافرق بين أن يكون الحاضن الصغير ذكرا أو أنثى كما نص على ذلك بعض الفقهاء.

الا أن التسولى[٢] وجه هذا القول فى شرحه على العاصمية أن الحاضن الذكر أم الانثى فلابد فيها من البلوغ لان الحاضنة الكبيرة قد تكون غير محرم من المحضون أو قد تكون أقل صيانة أو شفقة عليه إلا أن تكون ممن تستحق حضانته كذلك ولكنها متأخرة فى الرتبة كأن تكون الحاضنة الصغيرة أختا للمحضون والكبيرة خالة له.

وأرى اشتراط البلوغ فيمن يتولى حضانة الصغير للأمور الأتية:

أ- أنه ليست هناك ضرورة[٣] فى أن يكون الحاضن صبيا صغيرا غير مميز طالما هناك فى قائمة الحاضنين من يليه فى القيام بامور الصغير فتنتقل الحضانة إلى من يليه طالما توافرت فيه شروط الحضانة.

أما اذا لم يكن من الحاضنين والحاضنات غير هذا الصبى غير المميز لاستحقاق الحضانة أو وجد ولكنه يفتقد شروط فتكون حالة ضرورة يخشى

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٣ ص ٥٥٦.

(٢) البهجة لابن عبد السلام التسولى، جـ١ ص ٣٠٧.

(٣) الضرورة هى الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا ، أو هى خوف الموت ، ولايشترط ان يصبر حتى يشرف على الموت وانما يكفى حصول الخوف من الهلاك ولو ظنا. القوانين الفقهية، ص ١٧٢.

معها هلاك نفس الصغير فيجوز ان تئول إلية الحضانة ويكون الصبى الحاضن مع حاضنه حاضنين.

ب- لاشك فى أن قيام الحاضن برعاية محضون واحد افضل من قيامه برعاية محضونين ، فرعاية محضونين تحتاج إلى جهد اكبر ومتابعة مستمرة ، وملاحظة دائمة واعطاء معينا.

فالحضانة ولاية نظر لاتثبت مع الضرر -فيجب ان يراعى فى الحضانة الأصلح فالحضانة منوطة بمصلحة[1] الصغير فى الحدود التى رسمها الفقه فمتى تحققت مصلحته فى شئ وجب المصير إليه بدون التفات إلى حق الغير.

جـ- غير البالغ لم يزل موليا عليه بالاجماع وذلك دليل علي قصوره فاذا لم تكن له ولاية على نفسه فلا حق له فى الولاية على غيره من باب أولى.

بالاضافة إلى أنه ليست لديه الخبرة والدراية بتربية الاولاد وعلاج مشاكلهم وهو محتاج إلى من يخدمه ويقوم على شئونه فكيف يكون له أن يتولى شئون غيره.

والمقصود بالبلوغ هنا هو بلوغ الحلم أو الحيض أو البلوغ سن الخامسة عشر اذا لم يحصل بلوغ احدهما[2].

---

(١) الفرق بين الضرورة والمصلحة:
هو أن الضرورة هى التى تصل فيها درجة الاحتياج إلى أشد المراتب وأشق الحالات ، فيصبح الانسان فى خطر يحدق بنفسه وماله ونحوهما وأما المصلحة فهى أعم وهى عبارة فى الاصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة . ويراد بها فى اصطلاح الشرعين المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق فالمصلحة تشمل مراتب الضروريات والحاجيات والتحسينات وأما الضرورة فهى قاصرة على المرتبة الأولى.
يراجع: نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعى، الناشر مكتبة الفارابى - دمشق - سوريا، سنة ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م، ص ٥٣.

(٢) البلوغ له خمس علامات ثلاث مشتركة بين الذكر والانثى واثنتان خاصتا بالأنثى.
فالعلامات المشتركة هى:
أولا: الحُلُم «بضم الحاء واللام»: والأصل إنزال المنى فى النوم وهو الاحتلام. ويطلق(=)

فـفى هذه السن يكون الحاضن على قـدرة من القيـام بواجبـات حـضانة الصغير.

ويتـحـقق البلوغ للغـلام بالاحـتـلام مع الانزال أو الاحبـال أو الانزال لأى سبب، وللبنت بالحيض أو الاحتلام مع الانزال أو الحبل.

والحد الأدنى للبلوغ اثنتا عشرة سنة للغلام وتسع سنين للبنت طبقا لرأى الصاحبين المفتى به فى المذهب الحنفى.

أمـا اذا لم يتـحـقق ذلك ، فـان بلوغـهـمـا يتـحـقق إذا أتما خمس عشـرة سنة[١].

وقد قضى بأن الأصل فى البلوغ أن يظهر بأمراته المعهودة وإلا فبتجاوز الخمس عشرة سنة هجرية[٢].

ومما لاشك فيه أن تحديد البلوغ بالسن أهدى وأدل على المقصود.

والمعتوه ياخذ حكم الصغيـر لانه يعتبر فى حكم الصبى المميز طبقا لما اخذت به محكمة النقض.

(=) على البلوغ ومنه قوله تعالى: ﴿واذابلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا﴾، سورة النور الآية: ٢٩ أى عند الدخول علكيم.
ثانيا: انبات الشعر الخشن فى العانة ولا الزغب ولا انبـات الشـعـر فى الابط أو اللحية أو الشارب لأنه قد يتأخر عن البلوغ.
ثالثا: بلوغ ثمانى عشر سنة هجرية وان لم يحتلم أو لم ينبت شعره والمراد ببلوغها إتمامها وهو المشهور وقيل بالدخول فيها .
أما العلامتان الخاصتان بالأنثى فهما الحيض والحمل فاذا حاضت البنت حيضا طبيعيا بان نزل منها دم الحيض بدون أى علامة من العلامات الثلاثة المتقدمة.
الاحكام الشرعية للاحوال الشيخية، تأليف عبد الهادى ادريس ابو اصبغ طبعة ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م ، ص ٤٤٩ ، ٤٥٠.

(١) الفوائد السنية فى شرح النظم المسمى بالفرائد السنية للكراكبى، جـ٢ طبعة أولى.

(٢) نقض رقم ٤٤/ ٤٠ ق السنة ٢٦ ، مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض.

وقد خلت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية [illegible]

تحديد المقصود بالبلوغ ، أو السن الذى يبلغ به الشخص ، مما يتعين معه الرجوع -فى ذلك- إلى أرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة(١).

والمقرر فى هذا المذهب أن البلوغ بالعلامات أى بظهور علامات على الصغير تنبئ عن بلوغه -وهذه العلامات تختلف بحسب الذكورة والانوثة لان لكل منهما تكوينه الطبيعى المختلف عن الآخر.

فبالنسبة للولد يعرف بلوغه بالاحتلام مع الانزال أو الانزال بأى سبب أو الاحبال.

وبالنسبة للأنثى: يعرف بلوغها بالحيض أو الحبل أو الاحتلام مع الانزال.

فاذا ظهر شئ من هذه العلاقات حكم ببلوغ كل منهما ، وان لم يظهر فلا يحكم ببلوغهما الا بالسن.

والراجع فى مذهب ابى حنيفة وهو قول صاحبيه ، هو خمس عشرة سنة بالنسبة للصغير والصغيرة.

الحكم عند ادعاء الصبى البلوغ:

ولكن ما الحكم اذا راهق الصبى أو الصبية فقالا بلغنا.

ذهب الحنفية الى انه اذا ادعى المراهق البلوغ وكان الظاهر يقضى بصدقه صدق وتطبق عليه احكام البالغ بشرط ان يكون عاقلا(٢).

وقيل يطلب منه تفسير بلوغه مع اليمين وقيل لا يمين عليه ان لم يكذبه

---

(١) الحضانة فى الشرع والقانون للمستشار احمد نصر الجندى، دار الكتب القانونية بمصر ١٩٩٣، ص١٤.

(٢) حاشية ابن عابدين، ج٥ ص٩٦ [illegible] الشرنبلالية يقبل قولهما المراهقين قد بلغنا مع تفسير كل منهما اذا بلغ بلا يمين وفى الفتاوى الهندية: دعوى بلوغ الولد بعد بلوغ سن فوق اثنى عشرة سنة مقبول منه حيث لم يكذبهما الظاهر ولا يمين عليه [illegible]

الظاهر اذا بلغ ثلاثة عشرة سنة وفسر به البلوغ أو بالعلامات.

وجاء فى تنقيح الحامدية: «سئل فى حاضنة لبنتها تزوجت ، بأجنبى، وللبنت أخت لاب ، مراهقة عازبة أهل للحضانة ولها خالة أيضا ، فهل تكون الحضانة للأخت المذكورة دون الخالة - أجاب بنعم»[١].

أما فى المرحلة الرابعة وهى مرحل البلوغ مع الرشد.

فلا خلاف بين الفقهاء فى ثبوت حق الحضانة لمن هو كامل العقل اجتمع عنده مع البلوغ الرشد مادام مستوفيا للشروط الأخرى غير انهم قد اختلفوا حول معنى الرشد وهو ما أشير إليه فيما يلى:

معنى الرشد:

والرشد فى اللغة: مصدر يرشد ، «بفتح الراء والشين» - بمعنى اهتدى والراشد هو المستقيم على طريق الحق- مع تصلب فيه ، ومنه الخلفاء الراشدون[٢].

وشرعا: عرف جمهور الفقهاء الرشد بأنه «صلاح المال»[٣]. أى أن الشخص مصلحا فى ماله من الوجهة الدنيوية فيحسن التصرف فيه ويقدر على استثماره واستغلاله استغلالا حسنا.

وذهب الشافعية: فى الراجح عندهم إلى أنه صلاح الدين والمال معا[٤].

وذهب الظاهرية إلى أن الرشد: هو طاعة الله وكسب المال من

---

(١) تنقيح الحامدية، جـ٢ ص ٦١.

(٢) الصحاح، جـ٢ ص ٤٧٢ ، المعجم الوسيط، جـ١ ص ٣٤٦ ، المفردات فى غريب، ص١٩٦.

(٣) مجمع الأنهر، جـ٢ ص ٤٣٩ ، مغنى المحتاج، جـ٢ ص ١٦٨ ، روضة الطالبين، جـ٤ ص ١٨٠ ، الخرشى، جـ٥ ص ٢٩٤ ، كشاف القناع، جـ٣ ص ٤٤٤ ، المغنى، جـ٤ ص ٥٢٢.

(٤) مغنى المحتاج جـ٢ ص ١٦٨ ، وروضة الطالبين، جـ٤ ص ١٨٠.

الوجوه التى لاتثلم[١] الدين ولاتخلق العرض ، وانفاقه فى الواجبات وفيما يتقرب به إلى الله للنجاة من النار.

وقد ذكروا أن مادة الرشد فى جميع القرآن الكريم لم يرد بها الا الدين وخلاف البغى[٢].

وقد استدل جمهور الفقهاء على أن الرشد هو الصلاح فى المال.

بقوله تعالى: ﴿فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾[٣]، قال ابن عباس أى صلاحا فى أموالهم[٤].

وعلى هذا فان من كان مصلحا فى ماله ، ولم يكن محافظا على دينه كمن يترك الصلاة مثلا ، أو لايدفع الزكاة ، فانه يعتبر رشيدا عند جمهور الفقهاء ، ما دام محافظا على ماله ، فالعبرة فى الرشد ، هى إدراك العقل الكامل لأمور الدنيا.

وهذا الرشد قد يأتى مع البلوغ ، وقد يتأخر عنه قليلا أو كثيرا تبعا لتربية الشخص واستعداده ، وتعقد الحياة الاجتماعية وبساطتها.

الراجح:

أى أن الراجح هو مذهب الشافعية فى تعريف الرشد. وهو صلاح الدين والمال معا.

لأن الصلاح فى المال دليل رجحان عقله وحسن تصرفه فيه فالبلوغ امارة على كمال العقل وتمام التمييز.

---

(١) أى لاتحدث فيه خللا ، المصباح المنير، ص ٨٣ ، المعجم الوسيط، جـ١ ص ٩٩.

(٢) المحلى، جـ٨ ص ٢٨٦.

(٣) سورة النساء، الآية: ٦.

(٤) كشاف القناع، جـ٣ ص ٤٤٤ ، ٤٤٥ ، المغنى، جـ٤ ص ٥٢٢ ، تفسير تنوير المقباس من تفسير ابن عباس، ص ٦٥، طبعة دار الفكر.

والرشد بمعناه عند الشافعية يكمل شخصية الانسان المستقيم فصلاحه فى المال يجعله ذو هيبة ويطفى عليه الوقار ويقيه ذل السؤال.

وصلاحه فى دينه لايجعله فاسقا مهملا لفرائض ربه متصفا بصفات تبعده عن أهل المرؤة.

ومن ثم فاذا بلغ رشيدا كملت أهليته وارتفعت الولاية عنه،وسلمت اليه امواله باتفاق الفقهاء عملا بالآية الكريمة السابقة وتصبح عبارته وارادته كاملة.

ومن هنا يكون اهلا لاستحقاق الحضانة خاصة وان العدالة كشرط يجب توافره فى الحاضن.

أما اذا بلغ غير رشيد وكان عاقلا بأن كان سفيها فهل يكون أهلا للحضانة.

اشير إلى تعريف السفه واراء الفقهاء بشأنه ثم ابين مدى استحقاق السفيه للحضانة.

معني السفيه واراء الفقهاء بشأن الحجر عليه:

السفه لغة: «بفتح السين المشددة وفتح الفاء» -ضد الحلم ، وأصله الخفة والحركة يقال تسفهت الريح الشجر- أى مالت به[(١)].

واصطلاحا: هو العمل بخلاف موجب الشرع ، وهو اتباع الهوى وترك مايدل عليه العقل والحجى.

وقيل هو عبارة عن التصرف فى المال بخلاف مقتضى الشرع والعقل[(٢)].

وعلى الجملة يراد به انفاق المال واتلافه فيما لايرضى عنه العقلاء من

---

(١) الصحاح للجوهرى، جـ٦ ص ٢٢٣٤ ، ٢٢٣٥ . المعجم الوسيط، جـ١ ص ٤٣٤.

(٢) بداية المجتهد، جـ٢ ص ٢٨١ . كشف الاسرار عن أصول البزدوى، جـ٤ ص ٣٦٩ . التعريفات للجرجانى، ص ١٠٥ . النهاية فى شرح الهداية، جـ٥ ص ٢٢٨.

ذوى الحكمة والدين سواء أكان التبذير فى وجوه الشر كالقمار وشرب الخمر أم كان فى وجوه الخير والبر كبناء المدارس والمساجد.

ولم يخالف فى ذلك غير الإمام الشافعى حيث يرى أن إنفاق المال فى وجوه الخير والبر لايعتبر سفها[١].

فاذا بلغ غير رشيد وكان عاقلا كملت أهليته وارتفعت الولاية عنه عند أبى حنيفة ، إلا أنه لاتسلم إليه أمواله ، بل تبقى فى يد وليه أو وصيه حتى يثبت رشده بالفعل ، أو يبلغ خمسا وعشرين سنة.

فاذا بلغ هذه السن سلمت اليه أمواله ولو كان مبذرا لايحسن التصرف لأن منع المال عنه كان على سبيل الاحتياط والتأديب ، وليس على سبيل الحجر عليه لأن أبا حنفية لايرى الحجر على السفيه والإنسان بعد بلوغه هذه السن وصلاحيته لان يكون جدا ، لايكون أهلا للتأديب.

وقال الصاحبان وجمهور الفقهاء أن الشخص إذا بلغ غير رشيد لاتكمل أهليته ولاترتفع الولاية عنه ، وتبقى اموال تحت يد وليه أو وصيه حتى يثبت رشده[٢].

لقوله تعالى: ﴿ولاتؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما ، وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا ، وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾[٣].

(١) التلويح على التوضيح، جـ٢ ص ١٩١ ، مرآة الاصول، جـ٢ ص ٤٥٨ ، تبين الحقائق، جـ٥ ص ١٩٢ ، مغنى المحتاج، جـ٢ ص ١٦٨ ، كشاف القناع، جـ٣ ص ٣٧٠.

(٢) الفتاوى الهندية، جـ٤ ص ٤٤ ، مجمع الانهر، جـ٢ ص ٤٣٩ ، البناية شرح الهداية، جـ٨ ص ٢٣٦ ، مغنى المحتاج، جـ٢ ص ١٦٦ ، روضة الطالبين، جـ٤ ص ١٨١ ، كشاف القناع، جـ٣ ص ٤٤٥ ، المغنى، جـ٤ ص ٥١١ ، المحلى، جـ٨ ص ٢٨٣ ، والمدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى، أ.د. محمد سلام مدكور، ص ٤٩٨.

(٣) سورة النساء الآية ٥ ، ٦.

فانه منع الأولياء والأوصياء من دفع المال إلى السفهاء ، واناط دفع المال اليهم بمجموع الأمرين: البلوغ والرشد.

فلا يجوز أن يدفع اليهم بالبلوغ مع عدم الرشد وليس فى هذا النص ولافى غيره تحديد للرشد بسن معينة ، بل هو موكول إلى ظهوره بالفعل وذلك عن طريق الاختبار والتجربة ، فاذا دلت التجربة على تحقق الرشد كملت اهليته وسلمت اليه أمواله ، والا بقيت الولاية عليه ولم تكمل أهليته وبقيت امواله تحت يد وليه أو وصيه كما كانت قبل البلوغ مهما طال الزمن حتى لايبذر أمواله أو يقوم باتلافها.

هذا وقانون المحاكم الحسبية يوافق رأى هؤلاء الفقهاء فى جعل الرشد مناطا لكمال الأهلية وارتفاع الولاية عنه ، إلا أنه يختلف معه فى وضعه حدا أدنى لسن الرشد.

فحدده باحدى وعشرين سنة ميلادية من غير فرق بين الغلام والفتاة ، فاذا بلغ احدهما هذه السن اعتبر رشيدا مالم تقرر المحكمة الحسبية استمرار الولاية عليه بسبب السفه وسوء التصرف ، وقبل هذه السن يعتبر كلاهما ناقض الأهلية، وتبقى الولاية عليه كما كانت قبل البلوغ إلا أن القانون استثنى من ذلك من بلغ الثامنة عشرة من عمره وهو عاقل فاثبت له اهلية اداء كاملة بالنسبة لبعض التصرفات كاجراء مايلزم للعقارات المملوكة له من أعمال الحفظ والصيانة وزراعة اطيانه وتأجيرها لمدة لاتزيد عن سنة كما هو وارد بالمادتين ٢ ، ٣ من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧.

واستثنى من بلغ السادسة عشر حيث جعل له الحق فى ان يتولى إدارة ماله الذى اكتسبه من عمله الخاص كما جاء فى المادة السادسة منه.

وينص القانون المدنى فى المادة «٤٦» على مايأتى: «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون».

المطلـــب الثاني

مدى استحقاق السفيه للحضانة

اختلف الفقهاء حول مدى استحقاق السفيه للحضانة على قولين:

ذهب بعض المالكية والاباضية إلى أنه لاتأثير للسفه على استحقاق الحضانة[١].

وذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والاباضية والظاهرية[٢] إلى أنه لايحق للسفيه وكذا السفيهة أن يتولى احدهما حضانة الولد.

الأدلـــة:

١- استدل اصحاب القول الأول على استحقاق السفيه للحضانة بمايلي:

* أنه إنسان بالغ عاقل فهو مكلف والسفه لايمنع احكام الشرع ولايترتب على وجوده سقوط الخطاب عن صاحبه بحال سواء منع منه المال أو لم يمنع ، حجر عليه أو لم يحجر.

والحجر على السفيه لاينافى الأهلية بنوعيها ، فالسفيه شأنه شأن كل مكلف كامل الأهلية بالنسبة لحقوق الله وحقوق العباد ، فيصح منه نكاحه وطلاقه وعتاقه ورجعته[٣].

---

(١) جاء في مواهب الجليل، جـ٤ ص ٢١٦: «وقيل للفيه الحضانة وقيل لاحق له فيها وقال ابن عرفة السفيهه المولى عليها ذات صدق وقيام غير ملتفت لما تقتضيه حضانتها ثابتة راجعة إلى أن النازلة اختلف فيها ابن هارون قاضى الجماعة وابن عبد السلام أن يكون الحكم بقول ابن هارون» ، وجاء فى كتاب شرح النيل، جـ٧ ص ٤١٠ ، مايؤدى هذا المعنى.

(٢) نهاية المحتاج، جـ٧ ص ٢١٩.

(٣) غير انه اذا سمى مهرا لم يلزمه الا فى حدود مهر المثل فلا يزيد عليه ولو أذن له القيم فى ذلك ، يراجع المبسوط، جـ٤ ص ١٥٦ ، شرح التوضيح لمتن التنقيح، جـ١ ص ١٩١.

٢- واستدل أصحاب القول الثانى على عدم استحقاق السفيه للحضانة بما يلى:

* لقد أوجب جمهور الفقهاء الحجر على من بلغ وهو سفيه أو حدث له السفه بعد البلوغ اذا بذر ماله فى وجوه غير مشروعة وذلك للحفاظ على ماله حتى لايكون عالة على اسرته وعلى بيت المال ولذلك استحق أن يولى عليه من يقوم بادارة امواله.

فمن باب أولى يمنع هذا السفيه من حضانة الولد حفاظا على ماله وصونا له من الاتلاف لان فى ذلك الحاق الضرر بالولد.

* يشترط فى الحاضن الامانة ولاشك أن تضييع مال المحضون يتنافى مع الامانة.

الراجـــح:

أرى رجحان ماذهب إليه أصحاب القول الأول ومضمونه أنه لا أثر للسفه على استحقاق الحضانة لمايلى:

١- أهلية السفيه كاملة ويظل مخاطبا بتحمل أمانة الله تعالى ووجوب حقوقه سواء كانت تلك الحقوق مامورا بها أو محظورا علهيا[1].

وكذلك تبقى أهلية السفيه كاملة فى حقوق العباد ، وهى التصرفات بالطريق الأولى فمن هو أهل لتحمل أمانة الله تعالى أولى بأن يكون أهلا للمسئولية عن التصرفات فى حقوق العباد.

فيصح منه نكاحه وطلاقه وعتاقه ورجعته ، ويجوز له أن يقف ماله على نفسه ثم من بعده على ذريته لأن ذلك التصرف يتلاءم مع مافرض عليه من حجر إذ الوقف نوع من الحجر ، تجوز وصيته بالثلث فى وجوه البر لأن ذلك من

---

(١) كشف الاسرار، جـ٤ ص ٣٦٩ ، ٣٧٠.

العبادة وهو أهل لها لتمام تكليفه وأهليته ، فلو أوصى فى غير هذه السبيل كانت وصيته باطلة ، كالوصية لأهل الفسق.

وعلى هذا فلا تنعدم الأهلية بسبب السفه ولايجعل السفه عذرا فى اسقاط الخطاب عنه بشئ من الشرائع ، ولافى اهدار عبارته فيما يقر به على نفسه من الأسباب الموجبة للعقوبة[١].

٢- طالما اننا اعترفنا للسفيه بصحة زواجه ومن المعلوم ان تربية الاولاد من آثار الزواج ، فينبغى ان نعترف له بصحة حضانته لاولاده.

٣- الحجر على السفيه يتم بسبب تبذيره لماله عن طريق انفاقه فى وجوه غير مشروعة وذلك للحفاظ على ماله حتى لايكون عالة على اسرته وبيت مال المسلمين.

ومن الواضح ان كل مايحصل عليه الحاضن للولد هو نفقته الشهرية وهذه النفقة محددة ومعروف أوجه انفاقها.

فاذا ثبت وقوع الضرر على الولد فى ملبسه أو مأكله أو مشربه أوغير ذلك من أوجه رعاية الصغير فقد سقطت عنه الحضانة لعدم امانته.

٤- وضع القانون اجراءات حاسمة وصارمة لمحاسبة الحاضن أو الحاضنة وهذا رادع عام لكل من يتولى امر من أمور الصغير ورادع خاص للحاضن الذى يضيع مال الصغير.

---

(١) المبسوط، جـ٤ ص ١٥٦.

المبحث الثانى

العقـــــــــــل

تمهيد وتقسيم:

اتفق الفقهاء على انه يجب أن يكون الحاضن عاقلا.

والعقل له مراتب فقد ينعدم بالكلية وقد يكون مغمى عليه أو معتوها وفى حالة انعدامه قد يكون أصليا وقد يكون طارئا. وقد يكون مطبقا وقد يكون متقطعا.

واشير هنا إلى حكم هذه الأنواع فى المطالب الآتية:

المطلب الاول

حالة انعدام العقل
«الجنون»[1]

لاخلاف بين الفقهاء علي انه فى الحالات التى يتأكد فيها إنعدام العقل أو غيابه بالكلية ويسمى صاحب حالة انعدام العقل «بالمجنون».

---

(١) الجنون فى اللغة: مصدر الفعل جن «بضم الجيم» يقال جن الرجل جنونا بمعنى استتر، ويأتي بمعنى اظلم، يقال جن الظلام: اشتد ويأتى بمعنى: زوال العقل أو فساده، المعجم الوسيط، جـ١ ص ١٤١، ١٤٢، القاموس المحيط، جـ٤ ص ٢١٠.
وفى الاصطلاح: هو اختلاف فى القوة المميزة بين الامور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب فتعطل افعالها ولاتظهر آثارها، المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى، ص ٥٠٢.
وهناك تعريفات كثيرة للجنون ولكنها كلها تدور فى هذا الفلك، فقد عرفه ابن ملك بانه آفة تحل بالدماغ بحيث يبعث على افعال خلاف مقتضى العقل من غير فتور فى اطرافه وضعف فى اعضائه، شرح المنار ل، لابن ملك، ص ٩٤٧.
وعرفه صدر الشريعة بأنه اختلال العقل بحيث يمنع جريان الافعال والاقوال على نهج العقل الا نادرا، التوضيح، جـ٢ ص ٧٦٠، تيسير التحرير، جـ٤ ص ٢٥٩. (=)

والجنون انواع مختلفة:

لان الاختلال إما أن يكون لنقصان جبل عليه فى أصل الخلقة وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط أو آفة ، واما لاستيلاء الشياطين والقاء الخيالات الفاسدة إليه بحيث يفرح ويفزع من غير مايصلح سببا ، فهو انواع ثلاثة.

فالأول: منه لا يمكن علاجه ، لأنه خلقى كلسان الأخرس ، وعين الأكمه.

والثانى: يعالج بالأدوية وفى هذين النوعين يزول العقل بيقين للفساد الأصلى ، أو الطارئ.

وأما الثالث: فيسمى صاحبه ممسوسا وموسوسا ، وهذا النوع يعالج أيضا ولكنه لايحكم بزوال العقل فيه(١).

فالمجنون هو من كان عقله زائلا بسبب مرض اعتراه فأثر فى إدراكه وقد يستوعب الجنون كل أوقاته وهذا هو المسمى «بالجنون المطبق» أى «المستمر» وهو الذى لايفيق منه صاحبه لا ليلا ولا نهارا ، وقد يكون غير مطبق «متقطع» فهو يجن تارة ويفيق تارة أخرى.

وقد يكون هذا الجنون أصليا أى أنه قد بلغ مجنونا. وقد يكون طارئا أى اصابه الجنون بعد أن بلغ عاقلا.

وحكم الجنون: سواء كان مطبقا أم غير مطبق فهو معدم الأهلية(٢)

(=) وعرفه العلامة ملاخسرو بأنه احتلال القوة المميزة بين الامور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب بأن لاتظهر آثارها وتتعطل اقبالها، مراة الأصول، ص ٣٢٦ ، التلويخ، جـ٢ ص ٧٦٠.

(١) كشف الاسرار عن اصول فخر الاسلام البزدوى، طبع دار الكتاب العربى - بيروت، سنة ١٣٩٤هـ، جـ٥ ص ١٣٨٣ ، المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه للاستاذ/ محمد مصطفى شلبى، ص ٥٠٢ وما بعدها.

(٢) تيسير التحرير، جـ٢ ص ٢٥٩ ، شرح المنار، ص ٩٤٥ ، كشف الأسرار، جـ٤ ص ٢٨٤ ، شرح التلويح على التوضيح، جـ٢ ص ١٦٧ ، مجمع الانهر، جـ٢ ص ٤٣٧ ، احكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف، ص ٢٤٧.

فلا يصح منه تصرف اصلا فى حالة جنونه وحكمه حكم الصبى المميز.

أما مايصدر منه وقت الإفاقة والجنون المتقطع فانه صحيح مادام عقله سليما.

أثر الجنون على حق الحضانة:

الجنون بجميع انواعه أصليا أم طارئا مطبقا ام متقطعا يمنع من اثبات حق الحضانة لمن اتصف به[١].

ولكن بعض المالكية فرقوا بين الجنون المتقطع الذى يؤثر على الغير والجنون الذى لايمتد أثره إلى الغير.

بقولهم: «أن المتقطع مانع بحيث يخاف على الولد حين نزوله ،مما يشعر بأنه لو لم يكن يخاف على الولد من الحاضن حين نزوله فان الحضانة تبقى له رغم جنونه المتقطع»[٢].

ويرى الشافعية: «أن الجنون إن كان متقطعا ، لكنه قليل ، كيوم فى سنة فانه يثبت له حق الحضانة فى هذا اليوم»[٣].

ويمكن الرد على هذه الآراء:

بأن ثورة الجنون لايعرف لها وقت ولايحدد لها أثر.

ويستوى فى الجنون أن يكون مطبقا أو متقطعا ، ولو كان الجنون المتقطع من القلة بحيث لايأتى إلا ليوم واحد فى السنة.

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٣ ص ٥٥٥ ، المغنى، جـ٧ ص ٦١٢ ، زاد الميعاد، جـ٤ ص ١٦٣.

(٢) التاج والإكليل، جـ٤ ص ٢١٦ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٢ ص ٥٢٨ ، البهجة لابن عبد السلام التسولى، جـ١ ص ٣٠٧.

(٣) مغنى المحتاج، جـ٢ ص ٤٥٤ ، نهاية المحتاج، جـ٧ ص ٢٣١ ، الاقناع فى حل الفاظ ابى شجاع، جـ٢ ص ١٥٠ ، زاد المعاد، جـ٤ ص ٢٦٠.

لأن ترك المحضون لدى مثل هذا الحاضن فيه ضرر عليه ، فقد يرد جنونه فى أى وقت -وإن كان نادرا أو قصيرا- ويتأتى أن يكون الجنون من النوع الخطر فيضر بالولد ، والحضانة مناطها صالحه ، فيجب ان تتحرى فيها مظان هذا الصالح وأن يبتعد به عن كل مظنه ضرر[1].

والأصح هو القول بأن الجنون بكل أنواعه مانع من استحقاق الحضانة للأسباب الآتية:

١- أن غير العاقل لايدرك نتائج الأشياء ولايقدر عواقب الأمور مما قد يسبب ضررا بليغا للطفل،.

وهذا ينافى مقاصد الشارع الحكيم من الحضانة وقد قال - ﷺ-: «لاضرر ولاضرار»[2].

واذا كان لايستطيع القيام بشئون نفسه فلا يكون له تولى شئون غيره من باب أولى.

١- أن غير العاقل لايحسن القيام بحفظ الصغير ورعايته خاصة وان مهمة حضانته صعبة ومتطلباته متعددة وكثيرة. بل يخشى على الصغير منه لسوء تصرفه. فلا يتحقق المقصود من الحضانة لأنه فى حاجة إلى من يحضنه ويقوم بشئونه فكيف يستأمن على حضانة الصغير.

٢- الحضانة أحد صور الولاية وطالما أنه لاولاية للمجنون على نفسه لأنه لاقدرة له عليها لقوله - ﷺ-: «رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصغير حتى يكبر وعن المجنون حتى يعقل أو

---

(١) الاحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية، للاستاذ الكبير عبد العزيز عامر، الطبعة الثانية، سنة ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م، طبعة دار الفكر العربى، ص ٢٣٥.

(٢) الاشباه والنظائر، ص ٥٩

يفيق»[١].

فكيف يكون له ولاية على الصغير[٢].

المطلـــــــب الثاني

حكم المغمى عليه ومدى استحقاقه للحضانة

تعريف الإغماء:

الإغماء لغة: هو فقد الحس والحركة لعارض ، تقول غمى عليه «بضم الغين وكسر الميم» وغمى «بتشديد الميم المفتوحة» أى عرض له ما أفقده الحس والحركة فهو مغمى عليه[٣].

واصطلاحا: الاغماء هو مرض فى القلب أو الدماغ يعطل القوى المحركة للإنسان أو المدركة فيه ، ولايزيل العقل[٤]، وهو يشبه النوم فى أن كلا منهما يعطل العـقل ، والقـوى الظاهرة ، ويفـتـرقـان فى ان النوم عـارض طبـيـعى ، والاغـمـاء غـيـر طبـيـعى ، لذلك كـان حكمهـمـا واحدا من ناحيـة تأثيـرهمـا فى التصرفات ، فكل عبارات المغمى عليه ملغاة لانعدام القصد منه[٥].

تأثير الاغماء علي استحقاق الحضانة:

أرى أن الاغـمـاء الذى يتكرر لفـتـرات مـتـقـاربة ويطول مـداه يمنع من استحقاق الحضانة لان الحضانة تتطلب يقظة مستمرة ومتابعة دائمة من الحاضن.

امـا اذا كـان الاغـمـاء نادرا مـايحدث أو كـان قـليل الوقـوع جدا فـأرى انه

(١) سبل السلام، جـ٣ ص ١٨٠.
(٢) شرح الخرشي، على مختصر خليل، جـ٣ ص ٣١٢ ، وحاشية الصاوى على أقرب المسالك، جـ١ ص ٥٢٩ ، والبحر الزخار، جـ٤ ص ٢٨٥.
(٣) المعجم الوسيط، جـ٢ ص ٦٦٤ ، الصحاح للجوهرى، جـ٦ ص ٤٤٩.
(٤) كشف الاسرار عن اصول البزدوى، جـ٤ ص ٢٧٩ ، الفقـه الإسلامى، أ.د. مـحـمد يوسف موسى، ص ٢٣٥.
(٥) المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى، ص ٥٠٢.

لايؤثر على استحقاق الحضانة لأن حالته شبيهة بحالة النوم فلا تترتب عليه المضار التى قد تلحق المحضون من المغمى عليه.

المطلب الثالث

حكم نقصان العقل «المعتوه» ومدى استحقاقه للحضانة

تعريف العته:

فى اللغة: مصدر الفعل عته «فتح العين وكسر التاء» ومعناه نقص عقله من غير مس جنون(١).

وفى الاصطلاح: هو آفة تصيب العقل ، فتجعل صاحبه مختلط الكلام قليل الفهم فيشبه بعض كلامه كلام العقلاء ، وبعض كلامه كلام المجانين ، والمعتوه لايضرب ولايشتم كما يفعل المجنون والعته بهذا المعنى لايذهب العقل بالكلية ، بل يكون عند صاحبه بقية منه.

فالعته إن ذهب بالعقل والتمييز فنوع من الجنون الساكن ويسمى بالعته التام وحكمه حكم الجنون المطبق ، فليس له أهلية أداء ولاتصح منه عبارة وإن لم يذهب بالتمييز ويسمى بالعته غير التام فحكمه حكم الصبى المميز لايختلف عنه فى شئ فله أهلية اداء ناقصة(٢).

وعلى هذا كان يسير القانون المدنى إلى أن صدر القانون المدنى الجديد فعدل عن ذلك وجعل العته نوعا من الجنون. وطبق على المعتوه جميع احكام المجنون من غير تفرقة بين حالة وحالة فنص في المادة «١١٤» على أنه: «يقع

(١) الصحاح للجوهرى، جـ٦ ص ٢٢٣٩.

(٢) كشف الاسرار للبخارى، جـ٤ ص ٢٧٤ ، شرح التلويح على التوضيح، جـ٢ ص ١٦٨ ، حاشية ابن عابدين، جـ٦ ص ١٤٤ ، تيسير التحرير، جـ٢ ص ٢٦٣ ، مرآة الاصول، جـ٢ ص ٤٤٠ ، اعلام الموقعين، جـ٢ ص ٢٦٦.

باطلا تصرف المجنون والمعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر»[١].

هل يجوز للمعتوه[٢] أن يكون حاضنا:

اذا قلنا أن العته هو اختلالا طبيعيا آنا فآنا ، بحيث يشبه من يصاب به العقلاء أحيانا والمجانين أحيانا

فهل يجوز أن يكون المعتوه بهذه الصفة حاضنا؟

يرى الاستاذ الكبير/ محمد مصطفى شلبى: أن العته بهذا المعنى لايذهب العقل بالكلية بل يكون عند صاحبه بقية.

وعلي هذا تكون اهليته ناقصة كالصبى فى دور التمييز وهى المرحلة التى تبدأ بعد سن السابعة إلى البلوغ والعقل.

ومعنى التمييز أن يصير فى حاله يفرق فيها بين الخير والشر والنفع والضرر ، ويعرف معانى الالفاظ ، والمقصود منها اجمالا ، فيعرف أن البيع يخرج المال عن ملكه ويدخل فى ملك غيره والشراء بالعكس والتمييز ليس له وقت محدد ، فقد يأتى مبكرا ، وقد يتأخر ويعرف بآثاره التى تبدو فى تصرفات الطفل ، وهذه الآثار لاتظهر دفعة واحدة ، ولذلك لم ينط الشارع أحكام التمييز بحقيقة التمييز لأن الأحكام لاضطرب حينئذ.

من أجل ذلك جعل الشارع سنا معينة لتكون مبدأ التمييز وتثبت عندها الاحكام فاعتبر تمام السابعة هو الوقت الذى يعتبر فيه الطفل مميزا ، وهذه السن فى الغالب يميز فيها الطفل متى كان فى حالة طبيعية.

وفى هذه المرحلة تبتدئ أهلية الأداء فتثبت له أهلية الأداء الناقصة ليمرن على التصرفات ، ولكن تصرفاته تكون تحت رقابة من له الولاية ، لأن

---

(١) اصول الفقه الإسلامى، للاستاذ ذكي الدين شعبان، ص ٢٢٩ ، وموسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية ، مستشار محمد عزمي البكري، طبعة ١٩٩٥، ص ٦٤٤.

(٢) المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامى وقواعد الملكية والعقود فيه، ص ٣٠٥.

قصور أهليته يجعله محتاجا إلى مايكمل اهليته.

وأرى أن المعتوه ليس اهلا لاستحقاق الحضانة سواء كان العته من نوع الجنون الساكن «العته التام» والذى يأخذ حكم الجنون المطبق أو كان من نوع العته غير التام الذى يأخذ حكم الصبى المميز.

لان العته فى كلتا الحالتين يحتاج من يتولى اموره ويرعاه فكيف يرعى غيره.

والمعتوهة كذلك تأخذ حكم المجنونة والصغيرة ، لأنها محتاجة لرعاية الغير فلا ترعى هى غيرها.

الفصل الثالث

الشـــروط العامة لإستحقاق الحضانة المختلف عليها

تمهيد وتقسيم:

بعد اتفاق الفقهاء على اشتراط شروط معينة فيمن يتولى حضانة الولد، اختلفوا حول بقية الشروط.

مثل اشتراط اتحاد الديانة بين الحاضن والمحضون وقدرة الحاضن على حفظ المحضون وحمايته ورعايته.

وكذلك اشتراط تفرغ الحاضنة أو الحاضن للمحضون وهل خروج الحاضنة للعمل أو زواجها من غير والد الصغير مسقط لحقها فى الحضانة أم لا. واخيرا هل الرق مانع من استحقاق الحضانة.

ومن ثم فالحديث فى هذا الفصل يشمل اربعة شروط اتحدث عنها فى اربعة مباحث:

المبحث الأول: الإسلام.

المبحث الثانى: القدرة على حفظ المحضون.

المبحث الثالث: الامانة.

المبحث الرابع: الحرية.

المبحث الأول

الإسـلام

تمهيد وتقسيم:

هذا الإنسان وهو ذرة من ذرات العالم ، يعجز عن إدراك سبب وجوده فى هذه الحياة ، كما يعجز عن إدراك الغاية ومافيه الخير له ، لو وكل إلى نفسه.

ولهذا لم يتركه الله سدى ، بل زوده بالعقل يهديه سبيل الخير ويقفه على النهج الواضح.

ولكن الله سبحانه وتعالى عادل حكيم ، يعلم أن الإنسان لايكون شيئا إن تركه إلى نفسه وعقله ، وأن من العدل -ليكون الانسان مسئولا عما يفعل وليحقق الغرض من وجوده- أن يبين له الرشد من الغى ، ويفصل له بين الحق والباطل.

وقد كان هذا وكان على ألسنة من اصطفاهم من خلقه ليكونوا حاملى رسالاته ، هذه الرسالات التى رأيناها متدرجة لتتفق كل منها وعقلية الشعب أو الأمة التى جاءت لها لهذا ، رأينا الدين يجئ فى اثر الدين ، والرسول يتبع الرسول كل دين له ناسه المحدودون ، وزمنه الموقوت ، حتى بعث محمد عليه الصلاة والسلام بدين للناس جميعا والانسانية عامة وذلك حين قضت الضرورة المطلقة بارساله.

ولولا هذه الضرورة المطلقة ، مااتصلت السماء بالأرض برسالة جديدة هذا الاتصال الذى هو خرق لقوانين الطبيعة ، فلا يكون الا عند حاجة البشرية الملحة المتلهفة لدين جديد بعد ان خفت صوت الرسل السابقين وضاعت معالم الرسالات الالهية التى ارسلها الله لعباده(١).

(١) الاسلام وحاجة الانسانية اليه تأليف الاستاذ الدكتور/ محمد يوسف موسى، طبعة دار الفكر العربى، ص ٢١ ، ٢٢.

وعند الحديث هنا عن اشتراط الاسلام في الحاضن أو الحاضنة للولد أجد أن الحال لايخلو إما أن يكون الولد مسلما أو غير مسلم.

فان كان مسلما فهل يشترط اسلام الحاضن.

وان كان غير مسلم فهل الكفر كله ملة واحدة فيستوى أن يكون الحاضن مسيحيا والمحضون يهوديا.

أود هنا أن اشير إلى هذه الموضوعات في المطالب الآتية:

المطلـــب الأول: هل الكفر كله ملة واحدة أم ملل متعددة.

المطلب الثاني: عرض أقوال الفقهاء حول اشتراط اسلام الحاضن والحاضنة.

المطلب الثالث: عرض موقف قانون الاحوال الشخصية والقضاء المصرى.

المطلب الرابع: المناقشة والترجيح.

المطلب الخامس: حكم حضانة المرتد أو المرتدة.

المطلب الأول

هل الكفر كله ملة واحدة

اختلف الفقهاء حول ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

أن الكفر كله ملة واحدة مهما اختلفت دياناتهم ونحلهم وهو قول كثير من أهل العلم وأبو حنيفة والشافعى والثورى وأبو ثور ورواية عن أحمد(١).

لأن جميع الأديان فى نظر الإسلام ملة واحدة تخالف الإسلام ولأن الله تعالى يقول: ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾(٢).

فقد جعل الكفار أيا كانت مللهم بعضهم أولياء بعض.

ولأن توريث الأباء والأبناء مذكور فى كتاب الله تعالى ذكرا عاما فلا يترك إلا فيما استثناه الشرع لقوله تعالى: ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾(٣)، فهو عام فى جميعهم.

وعلى هذا فالكفار يتوارثون مهما اختلفت ملتهم. فعن اسامة بن زيد أن رسول الله - ﷺ- قال: «لايرث المسلم الكافر ولا الكفار المسلم»(٤).

قال محمد وبهذا نأخذ والكفر ملة واحدة(٥).

ولذا يرث المسيحى غير المسيحى ويرث اليهودى غير اليهودى.

---

(١) بداية المجتهد، جـ٢ ص ٣٨٦ ، والمغنى، جـ٢ ص ٢٩٥ ، ومن فقه القرآن الكريم فى، اليتامى، الوصية ، الميراث، أ.د. محمد نبيل غنايم، طبعة دار الهداية، سنة ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، ص ١٣٢.

(٢) سورة الانفال الآية: ٣.

(٣) سورة الانفال الآية: ٣.

(٤) احكام التركات والمواريث، للامام محمد ابو زهرة، مطبعة مخيمر سنة ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩م، ص ٩٨.

(٥) الموطأ، ص ٢٥٥.

القول الثانى: أن الكفر ملل مختلفة:

وهو قول مالك رواية عن أحمد[١] ومروى عن بعض الصحابة رضى الله عنهم فاليهودية ملة ، والنصرانية ملة أخرى ، والمجوسية ملة ثالثة ، والوثنية ملة مستقلة.

لأن كل ملة منها تسمى باسم خاص يغاير أسماء الأخرى ، ولذلك ذكر متعاطفة فى القرآن فى أكثر من آية والعطف يقتضى المغايرة ومن هذه الآيات: **﴿إن الذين آمنوا والذين هادوا والصابئين والنصارى والمجوس والذين اشركوا إن الله يفصل بينهم يوم القيامة﴾[٢].**

ولقوله - ﷺ -: **«لايتوارث أهل ملتين»[٣]**. لأن كل فريق منهم لاموالاة بينهم[٤].

ولاشك أن أعظم أنواع الكفر وأشدها عداوة وضراوة للأمة المسلمة الكفر الذى لايؤمن تردى فيه بالأديان السماوية ، ولايؤمن بالله سبحانه وتعالى. هذاالصنف من الكفار كان موجودا منذ القدم وإليه أشار القرآن الكريم: **﴿وقالوا ان هى إلا حياتنا نموت ونحيا وما يهلكنا إلا الدهر ومالهم بذلك من علم إن هم إلا يظنون﴾[٥].**

وكان كثير من مشركى مكة على هذا النحو. ووجد هذا الصنف فى انحاء متفرقة من العالم بعد الإسلام ، والتتار من أهم أمثلتهم ، فقد كانوا فى بداية أمرهم وثنيون ، وحال وثنيتهم سيطروا على أجزاء كبيرة من العالم

---

(١) بداية المجتهد، جـ٢ ص ٣٨٦ ، الموطأ، ص ٢٥٥ ، المغنى، جـ٦ ص ٢٩٥.

(٢) سورة الحج الآية: ١٧.

(٣) اخرجه ابن ماجة فى كتاب الفرائض برقم ٢٧٣١، جـ٢ ص ٩١٢.

(٤) المغنى، جـ٦ ص ٢٩٥ ، نيل الأوطار، جـ٦ ص ١٩٣ ، وأحكام المواريث والوصايا فى الفقه الإسلامى، أ.د. محمد سراج، طبعة سنة ١٩٩٢م، ص ٥٦.

(٥) سورة الجاثية الآية: ٢٤.

الإسلامى[1].

وفى العصر الحاضر الشيوعيون فى الاتحاد السوفيتى والبلاد الشيوعية التابعة لها.

القول الثالث:

أن غير المسلمين ثلاث ملل ، اليهودية ملة ، والنصرانية ملة ، وغير اليهود والنصارى ملة واحدة تجمعهم أنهم ليسوا بأهل كتاب.

وهوقول جماعة من التابعين وتابعى التابعين ورواية عن مالك[2].

فأما اليهود والنصارى فلا اختلاف اعتقادهم فى عيسى عليه السلام والانجيل فهما أهل ملتين شتى كالمسلمين مع ا ليهود والنصارى ولكل منهما كتاب سماوى خاص بها. أما ماعداهما من الأديان فتشترك فى أنها أديان غير سماوية فتعتبر ملة واحدة وكل قسم يتوارث فيما بينه دون أن يرث من القسم الآخر ، فالنصرانى لايرث اليهودى ، واليهودى لايرث النصرانى على ذلك.

وقد أخذ القانون بالقول الأول وهو رأى جمهور الفقهاء وهوأن الكفر كله ملة واحدة.

فنص فى المادة السادسة فى فقرتها الثانية من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م: «ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض». فغير المسلمين يتوارث بعضهم بعض مهما اختلفت ديانتهم ومللهم[3].

فالزوج المسيحى يرث زوجته اليهودية ، وعكسه ، والبوذى يرث قريبه

---

(١) العصر المملوكى فى مصر والشام، د. سعيد عبد الفتاح عاشور، ص ٢٦.

(٢) الموطأ، ص ٢٥٥.

(٣) الوجيز فى أحكام الميراث، أ.د. عبد المجيد مطلوب، الناشر دار النهضة العربية، سنة ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م، ص ٥٥ وما بعدها.

المسيحى أو اليهودى ، والمسيحى الكاثولوكى يرث قريبة الأرثوذكسى لأن الإسلام إعتبر الديانات الأخرى سواء ، ديانة واحدة فيقع التوارث بين أهلها[١].

الراجح:

أرى رجحان رأى من قال بأن الكفر كله ملة واحدة وهو رأى جمهور الفقهاء.

المطلب الثانى

هل يشترط فى الحاضنة أو الحاضن للولد أن يكون مسلما

الفرع الأول

أقوال الفقهاء فى هذه المسألة

اختلف الفقهاء هنا على ثلاثة أقوال هى:

القول الأول:

يشترط فى الحاضن والحاضنة لولدها المسلم أن تكون مسلمة. أما إذا كان المحضون غير مسلم فيجوز حضانة المسلم له وهو قول الامام الشافعى والحنابلة ومالك فى أحد قوليه والشيعة الزيدية والشيعة الامامية[٢].

القول الثانى:

لايشترط فى الحاضن ولافى الحاضنة لولدها المسلم أن تكون مسلمة ومن

(١) الميراث والوصية والهبة فى الشريعة الإسلامية والقانون، أ.د. بدران ابو العينين بدران، طبعة سنة ١٩٧٠م، ص ٢٦.

(٢) الأم، جـ٥ ص ٨٣ ، مغنى المحتاج، جـ٣ ص ٤٥٥ ، المهذب، جـ٢ ص ١٨١ ، المغنى، جـ٩ ص ٢٩٧ ، كشاف القناع، جـ٣ ص ٣٢٥ ، البحر الزخار، جـ٤ ص ٢٨٥ ، المختصر النافع فى فقه الإمامية، ص ١٩٤ ، الروضة البهية، جـ٢ ص ١٤٠.

باب أولى غير الأم. وهو قول الحنفية والإمام مالك[١].

القول الثالث:

يشترط الاسلام فى الحاضن الذكر فقط دون الأنثى فالأم الكافرة أحق بحضانة ولدها المسلم حتى يبلغ مبلغ الفهم فاذا بلغ ذلك سقط حقها وهو قول بعض الحنفية وابن حزم[٢].

أدلة أصحاب القول الأول:

استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول:

أ- الكتاب: قال تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾[٣]، وقال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لاتتخذوا الكافرين أولياء من دون المؤمنين﴾[٤].

وجه الدلالة:

الحضانة ولاية وهى أحدى الولايات التى تثبت على الطفل منذ ولادته ، لأن الطفل يولد محتاجا إلى من يقوم بأموره المتعددة والمتنوعة لأنه عاجز عن القيام بأمر نفسه.

وهذه الولاية تسمى ولاية التربية بالاضافة إلى الولاية على نفسه لتأديبه وتعليمه والولاية على ماله ان كان له مال والحق تبارك وتعالى قطع الموالاة بين المسلمين والكافرين وجعل المؤمنين أولياء بعض.

---

(١) المبسوط، جـ٥ ص ٢١٠ ، بدائع الصنائع، جـ٤ ص ٤٢ ، المدونة الكبرى، جـ٢ ص ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، شرح الخرشى على مختصر خلل، جـ٤ ص ٢١٢ ، حاشية الدسوقى، جـ٢ ص ٥٣٩.

(٢) بدائع الصنائع، جـ٤ ص ٤٢ ، ٤٣ ، المحلى، جـ١٠ ص ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، جـ٣ ص ٤٩ ، رد المحتار على الدر المختار، جـ٢ ص ٦٥٦.

(٣) سورة النساء الآية: ١٤١.

(٤) سورة النساء الآية: ١٤٤.

ولما كانت الحضانة ولاية شأنها فى ذلك شأن ولاية النكاح وولاية المال فانه لاتجوز ولاية الكافر على المسلم. قال تعالى: ﴿ولاتؤمنوا الا لمن تبع دينكم﴾[١].

فهذه الآية الكريمة تنهانا عن أن يكون للكفار علينا سبيل ، أى سيطرة وهيمنة ومن المعروف أن الحاضن له الهيمنة والولاية ، لأن الولاية هى انفاذ القول على الغير[٢].

وقد قال الله تعالى: ﴿ولاتؤمنوا إلا لمن تبع دينكم﴾[٣]، ولذلك أمكن أن تكون الولاية لمسلم على كفار ولكافر على كافر.

ب- السنة: ماروى أن رسول الله - ﷺ- قال: «الإسلام يعلو ولايعلى عليه»[٤].

وجه الدلالة:

لو ولى الكافر الحضانة لكانت له ولاية وعلو على المسلم وهذا يتنافى مع هذا القول لرسولنا الكريم لأن الحديث يفيد أن لايكون علو وولاية للكافر على المسلم.

جـ- المعقول: استدل أصحاب هذا القول من المعقول بوجوه منها:

* أن الحاضن الكافر يكون حريصا على تربية الطفل على تعاليم دينه بل أنه قد يجتهد فى اخراجه عن دينه بتعليمه الكفر وتربيته له وما دام أنه قد نشأ هكذا فانه فى كبره ، أما أن يكون على دين الكفار أو يكون فى حكمهم،

---

(١) سورة آل عمران الآية: ٧٣.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردى، ص ٦٥ ، المهذب، طبعة عيسى الحلبى بمصر، جـ٢ ص ٢٩٠ ، سبل السلام، جـ٣ ص ٢٢٩ ، كفاية الأخيار، جـ٢ ص ٩٣.

(٣) سورة آل عمران الآية: ٧٣.

(٤) رواة الدار قطنى فى سننه ، سبل السلام، جـ٤ ص ٦٧.

ويصعب بعد كبره رده إلى دين الحق[١].

وقد قال - ﷺ- فى حديثه الشريف: «مامن مولود إلا يولد على الفطرة فأبواه يهدوانه وينصرانه ويمجسانه»[٢].

وفى ذلك اضرار بالولد يفوق كل اعتبار وهذا يتنافى مع ماشرعت من أجله الحضانة لأن الأصل فى الحضانة أنها شرعت للعمل على تحقيق ماهو أصلح للمحضون[٣].

فلايعقل أن يعيش المحضون وهومسلم بين يدى كافرة وذلك لأنه يجب أن ينشأ على حب كتاب الله وسنة رسوله - ﷺ- وهناك خوف على المحضون اذا تربى مع كتابية ان تؤكله لحم الخنزير أو أن تسقيه خمرا.

حرصاعلى الا ينشأ على دين الحاضنة ولاسيما وقد انفصلت عرى الزوجية وانقلبت المودة بغضا والحب كراهية وكيف لاتعوده عادات دينها وأهلها.

* الفاسق ممنوع من الولاية على غيره مع أنه أحسن حالا من الكافر فيكون الكافر ممنوعا من ا لولاية من باب أولى لأن الكافر أفسق الفساق ، فالقياس الأولوى يؤدى إلى تحريم تولى الكافر الحضانة على المسلم خاصة لتمكن علة المنع عنده اكثر من الفاسق.

* أن ولاية الكافر لاتثبت له على المسلم فى النكاح والأموال فيجب أن تمنع الحضانة قياسا على ذلك[٤].

---

(١) صحيح مسلم، جـ٨ ص ٨٢ ، عمدة القارئ ، شرح صحيح البخارى، جـ٨ ص ١٧٦ ، نيل الأوطار، جـ٧ ص ٢٠.

(٢) ولايعترض على الاستدلال بهذا الحديث بأنه وارد فى الأبوين خاصة لأنه خرج مخرج الغالب وعند فقد الأبوين أو أحدهما يقوم ولى الطفل من أقاربه مقامهما. الاحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية، للاستاذ الدكتور/ عبد العزيز عامر، ص ٢٥٠.

(٣) سبل السلام، جـ٣ ص ٢٣٩.

(٤) المغنى والشرح الكبير، جـ٩ ص ٢٩٨.

وتجوز حضانة المسلم لغير المسلم رغم اختلاف الدين بينهما. لانه لايلحق المحضون هنا ضرر باعتبار أن الاسلام يعلو ولايعلى عليه.

كما أنه نظم العلاقة بين المسلمين وأهل الذمة على اسس ثابتة تتسم بالعدالة وحرية الدين.

وقد ابيح للمسلم أكل طعام أهل الكتاب[١] والزواج منهم.

ومن ثم فقد اتفق الفقهاء على جواز حضانة المسلم لغير المسلم.

وإذا قيل بانه فى حالة حضانة المسلم لغير المسلم ضرر لغير المسلم: نقول أن معيار الضرر ليس معياراً شخصيا ولكنه معيار موضوعى.

أدلة أصحاب القول الثانى:

استدلوا بالسنة والمعقول:

أ- أخرج أبو داود والنسائى عن رافع بن سنان رضى الله عنه: «أنه أسلم وأبت أمرأته أن تسلم ، فأتت النبى - ﷺ- فقالت ابنتى وهى فطيم أو شبهه وقال رافع ابنتى فأقعد النبى - ﷺ- الأم فى ناحية والأب فى ناحية وأقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت إلى أمها ، فقال: اللهم أهدها ، فمالت إلى أبيها فأخذها»[٢].

وجه الدلالة:

أن النبى - ﷺ- أقعد الولد بين الزوجين ابيه المسلم وامه المشركة لأنها

---

(١) قال تعالى: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم﴾ سورة المائدة الآية: ٥.

(٢) سنن أبى داود، جـ٣ ص ١٥٩ ، سنن النسائى، جـ٦ ص ١٨٥ ، السنن الكبرى، للبيهقى، جـ٨ ص ٣ ، وقد ورد فى سبل السلام، جـ٣ ص ٢٢٩ ، نيل الأوطار، جـ٦ ص ٣٣٠ ، أنه صبى ، ويراجع، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٢ ص ٤٨٩ ، التاج والإكليل، جـ٤ ص ٢١٦.

أبت الدخول فى الإسلام.

فدل ذلك على ثبوت الحضانة للأم ولو كانت كافرة.

لأنه لو لم يكن لها حق فى الحضانة لاختلاف الدين لما فعل رسول الله ذلك.

فالكافر ذكرا كان أو أنثى كتابيا أو مجوسيا أما أوجده أو غيرهما له حق الحضانة لولد المسلم سواء كانت أمه مسلمة أو كافرة متى توفرت فيه شروط الحضانة الأخرى(١).

واذا خيف على المحضون من فساد كتغذية بلحم خنزير أو خمر مثلا كلف أحد المسلمين بالرقابة عليه ولايؤخذ منه حتى تنتهى مدة الحضانة الشرعية.

فان تعذرت الرقابة عليه من أحد المسلمين أو اتضح أنه بدأ يوجه المحضون إلى غير الدين الإسلامى أو يذهب به إلى معبده أو يعوده اكل لحم الخنزير أو شرب الخمر سقط حقه فى الحضانة وأخذ منه المحضون وخصوصا بعد بلوغه سن السابعة وفاقا للحنفية القائلين بانتهاء مدة حضانة الكافر للمسلم ببلوغ المحضون هذه السن لأنها السن التى يعقل فيها الولد الأديان(٢).

ب- المعقول:

* أن سبب ثبوت حق الحضانة للأم وفور شفقتها على ولدها الباعثة على القيام بشئون الصغير والرأفة به والمحافظة عليه من الضياع وهذه الشفقة لاتختلف ولاتتأثر باختلاف الدين لأنها أمر فطرى يوجد فى المؤمن والكافر بدرجة واحدة.

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٣ ص ٥٦٧ ، وفتوى دار الافتاء المصرية بتاريخ ١٩١٨/١٠/٢٨م ، ومثل الأم المجوسية أو الذمية ، الجدة والخالة والأخت والمجوسيات أو الذميات.

(١) الأحكام الشرعية للاحوال الشخصية، ص ٣٩٠.

فيجب أن لايكون الدين مسقطا لذلك الحق[١].

وقيدوا هذا الحق بألا يعقل الأديان ، وذلك ببلوغه سن السابعة ويتضح أن في بقائه معها خطرا على دينه.

* يجوز حضانة الأم الكافرة للأنثى قياسا على جواز حضانة ابن العم لابن العم اذا كان ذكرا قياسا لانعدام الفتنة في كل.

* جعل الأحناف أهل الذمة كأهل الاسلام في استحقاقهم الحضانة قال صاحب البدائع: «وأهل الذمة في هذه الحضانة بمنزلة أهل الإسلام لأن هذا الحق انما يثبت نظرا للصغير وأنه لايختلف بالاسلام والكفر وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق»[٢].

أدلة أصحاب القول الثالث:

والذين يرون انه اذا بلغ المحضون حدا يخاف عندها أن يألف غير الإسلام أو يعقل الأديان[٣].

أن يكون الحاضن له متحدا معه في الدين رجلا كان الحاضن أو امرأة بعدا بالمحضون من الوقوع في الفتنة.

أما اذا كان **المحضون** صغيرا لايعقل الأديان ولايخاف عليه أن يألف غير الإسلام فلا يخلو الأمر من أن يكون الحاضن رجلا أو امرأة.

---

(١) قال الزيلعي في شرحه على الكنز: «إن الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل دينا ، لأن الحضانة تبنى على الشفقة ، والأم الذمية اشفق عليه ولايرفع من هذه الشفقة اختلافا معه في الدين ، لأن الشفقة لاتختلف باختلاف الدين فيكون دفعه اليها على الرغم من اختلافها معه دينا انظر له مالم يكن يعقل دينا» ، تبين الحقائق، جـ٣ ص ٥٠.

(٢) بدائع الصنائع، جـ٣ ص ٤٩ ، سبل السلام، جـ٣ ص ٢٢٩ ، الخرشي، جـ٤ ص ٣١٢ ، المبسوط، جـ٥ ص ٢١٠.

(٣) كأن تأخذ الحاضنة غير المسلمة ولدها المسلم إلى معابدها أو تغذيه بلحم الخنزير أو تسقيه الخمر وان لم يعقل دينا ، وقد جعلوا بلوغ سن السابعة حدا لكي يعقل الصغير الأديان لصحة اسلامه حينئذ.

فان كان رجلا فلا خلاف فى انه يشترط لثبوت حضانته أن يكون متحدا فى الدين مع المحضون لأن الحضانة ولاية على النفس سبيلها العصوية والتوارث واختلاف الديانة قاطع للولاية بين المسلم وغيره.

فاذا كان لصغير مسلم اخوان احدهما مسلم والآخر غير مسلم فان حضانته تثبت لاخيه المسلم[١].

إذا كان الابوان مسيحيين ثم اسلمت الأم وكان المحضون قد بلغ سن حضانة الرجال؟؟.

فان الزوجية اذا كانت قائمة فتفسخ فى الحال واذا لم تكن الزوجية قائمة فيضم المحضون إلى أفضل الأبوين دينا وفى هذه الحالة هى الزم ويتبع افضل الابوين ديانة وهى ديانة الأم وهو الإسلام.

وتطبيقا لذلك افتت دار الافتاء المصرية فى ٧ من شوال سنة ١٣٤٠هـ بنصها ...

«نفيد ان المنصوص عليه شرعا أنه اذا أسلم أحد الزوجين وكان بينهما ولد قاصر فان الولد يتبع من اسلم من أبويه مقيما بها أو بغيرها ومتى انتهت مدة حضانة الغلام يسلم إلى العصبة على ترتيب الارث فيقدم الأخ ثم الجد ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لاب ثم بنو الأخ الشقيق ثم بنو الأخ لاب ثم العم الشقيق ثم العم لأب ولكن يشترط فى العصبة اتحاد الدين فلا يسلم الولد غير المسلم للعصبة المسلم ولايسلم الولد المسلم للعصبة غير المسلم وحيث ان الولد المذكور يبلغ من العمر عشرة سنوات فلا يجوز تسليمه لعمه القبطى ولا لغيره من العصبات الذين ليسوا مسلمين[٢].

أما إذا كان الحاضن امرأة فانه لايشترط فى ثبوت حضانتها لولدها

(١) وهذا محل اتفاق بين الفقهاء.

(٢) الوسيط فى تشريعات الاحوال الشخصية،ص١٣٦، والفتوى صادرة بتاريخ ١٩١٦/٨/٦م.

الصغير الذى لايعقل الأديان ولايخاف عليه أن يألف غير الاسلام أن تكون متحدة فى الدين معه على ماذهب إليه الحنفية لأن مناط الحضانة هو الشفقة وهى متوافرة بالفطرة ولاتختلف باختلاف الدين ومن لاعقل له لايميز بين دين ودين ، ومن ثم فلا يكون فى بقائه معها خوف عليه من الوقوع فى الفتنة ولما لها من احقية فى ذلك احتضان ابنها فى ايامه الأولى.

فاذا عقل وخيف عليه من ايلاف غير الاسلام نزع منها لأن بقاءه فى يدها عندئذ يكون اضرارا به.

أو اذا لم يبلغ الطفل سن التمييز ولكن ثبت انها تحاول تلقينه دينها. فينزع منها اذا اصبحت غير امينة عليه[١].

وجاء فى الفتاوى الاسلامية الصادرة من دار الإفتاء[٢] ...

«اختلاف الدين لايؤثر على حق الحضانة . فان كان المحضون مسلما والحاضنة غير مسلمة معتنقة دينا سماويا أو غير سماوى اما كانت أو غيرها من بقية الحاضنات فلها أن تحتضن الولد وتربيته متى كانت أهلا للحضانة ومستوفية شرائطها الا اذا خيف على الولد أن يألف دينا غير دين الإسلام».

واستدلوا على أن الأم الكافرة لها الحق فى حضانة ولدها المسلم حتى يبلغ مبلغ الفهم بما يلى:

١- قوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولاتعاونوا على الإثم والعدوان﴾[٣].

---

(١) هذا والفقه الحنفى على أن اختلاف الدار الحكمى يمنع استحقاق الاجنبية غير المسلمة من حضانة الطفل المسلم لأن اختلاف الدار عندهم بمانع من حق الحضانة وهذا هو المطبق قضائيا، الوجيز لاحكام الاسرة فى الإسلام، الاستاذ الدكتور/ محمد سلام مدكور، طبعة سنة ١٩٧٥م، هامش ص ٤٨٢.

(٢) فتوى صادرة بتاريخ ٢٨/ ١٠/١٩١٨م ، الفتاوى الإسلامية، المجلد الأول، ص ٣٦٢.

(٣) سورة المائدة الآية: ٢.

وقوله عز وجل: ﴿وذروا ظاهر الاثم وباطنه﴾[1].

وجه الدلالة فى هذه الآيات الكريمة:

أن من ترك الصغير والصغيرة حيث يدربان على سماع الكفر وجحد نبوة رسول الله - ﷺ- وترك الصلاة حتى يسهل عليهما شرائع الكفر.

يكون قد عاون على الاثم والعدوان ولم يتعاون على البر والتقوى ولاعلى ترك ظاهر الإثم وباطنه وهذا حرام ومن ازالهما عن المكان الذى فيه ماذكر حيث يدربان على شرائع الإسلام والمعرفة بنبوة رسول الله - ﷺ- والتنفير من الفواحش ، فقد عاون على البر والتقوى ويترك ظاهر الأثم وباطنه.

٢- قوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾[1].

ويستفاد من هذه الآية الكريمة ان الله سبحانه وتعالى اثبت حق الام فى ارضاع ولدها حولين كاملين سواء كانت مسلمة أو كافرة لعموم الآية والارضاع نوع من الحضانة.

٣- أن وجود الصغير عند الأم الكافرة حتى سن الفهم لاضرر عليه لأنه لامعرفة له بما يشاهد.

وقد اراد الفقهاء بذلك أن يحولوا بين الطفل ومايغرس فى نفسه عادة من احترام الكفر والانصراف عن دين الإسلام ويقاس عليه كل مظهر من شأنه أن يثبت ذلك فى نفس الطفل كحضور الحفلات فى المآتم والأفراح والمواسم والأعياد ، اذ هى تتصل بالطقوس الدينية اتصالا وثيقا.

---

(١) سورة الانعام الآية: ١٢٠.

(٢) سورة البقرة الآية: ٢٣٣.

(٣) حق الطفل فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، دراسة مقارنة، ص ٧٩٠.

ومن هذه المظاهر أيضـا أن تذكـر الأم الحـاضنة على لسـانهـا وفى جـمـيع حركاتها وسكناتها وعلى مسمع من المحضون الفاظ ديانتها بالاحترام والفاظ غيرها بالاستهزاء والسخرية وما إلى ذلك.

وقد استدلوا على اشتراط اسلام الحاضن أو اتحاد الدين فيه دون الحاضنة بالمعقول:

فالحضانة نوع من الولاية على النفس ولا ولاية مع اختـلاف الدين ولأن حق الحضانة عندهم مبنى على الميراث بالتعصيب ولاميراث بالعصبة مع اختلاف الدين فلو كـان للمحضون قريبان فى درجة واحدة واختلفا فى الدين تكون الحضانة لمن يوافقه فى الدين ولو كان غير مسلم.

فلو كان الطفل مسيحيا أو يهوديا وله أخوان أحدهما مسلم فحق الحضانة للمسلم[١] قد أيدت هذا الاتجاه دار الإفتاء المصرية [٢] حيث قالت:

«أن المنصوص عليه شرعا أنه اذا أسلم أحد الزوجين وكـان بينهـمـا ولد قاصر فان الولد يتبع من أسلم منهما فيكون مسلما تبعا له متى كان الوالد مقيما فى دار الإسلام سواء كان من أسلم من أبويه مقيما بها أو بغيرها ومتى انتهت مدة حضانة الغلام بأن بلغ سبع سنين يسلم إلى العصبة على ترتيب الإرث فيتقدم الأب ثم الجد ثم الأخ الشقيق ثم الأخ لأب ثم بنو الأخ الشقيق ثم بنو الأخ لأب ثم العم الشقيق ثم العم لأب. ولكن يشترط فى العصبة اتحاد الدين فلا يسلم الولد الغير لمسلم للعصبة المسلم ولايسلم الولد المسلم للعصبة غير المسلم ... الخ».

---

(١) بدائع الصنائع، جـ٤ ص ٤٢.

(٢) فتوى صادرة بتاريخ ١٩١٦/٨/٦م.

واستدلوا على سقوط حقها عند بلوغ الولد حد الفهم:

بقوله تعالى: ﴿**وتعاونوا على البر والتقوى ولاتعاونوا على الإثم والعداون**﴾[١].

وقوله سبحانه: ﴿**وذروا ظاهر الإثم وباطنه**﴾[٢].

وجه الاستدلال:

أن من ترك الصغير والصغيرة لدى الحاضنة غير المسلمة حيث يدربان على سماع الكفر وجحد نبوة رسول الله - ﷺ - وترك الصلاة جتى يسهل عليهما شرائع الكفر ، قد عاون على الاثم والعدوان ولم يتعاون على البر والتقوى ولا على ترك ظاهر الإثم وباطنه ، وهذا حرام[٣].

ثم استدل على استثناء مدة الرضاع ومايعقبها حتي سن الفهم بما يأتى:

أولا: قوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾[٤].

وجه الاستدلال:

أن الله أثبت حقها فى إرضاع ولدها حولين كاملين سواء كانت مسلمة أو كافرة ، لعموم الآية ، والاضراع نوع من الحضانة.

ثانيا: أن وجود الصغير عند الأم الكافرة حتى سن الفهم لاضرر عليه فيه لأنه لامعرفة له بما يشاهد[٥].

---

(١) سورة المائدة الآية: ٢.
(٢) سورة الانعام الآية: ١٢٠.
(٣) المحلى، جـ١٠ ص ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، بدائع الصنائع، جـ٤ ص ٤٢ ، ٤٣.
(٤) سورة البقرة الآية: ٢٣٣.
(٥) المحلى، جـ١٠، ص ٣٢٣ وما بعدها.

ومن ازالهما عن المكان الذى فيه ماذكر حيث يدربان على شرائع الاسلام، والمعرفة بنبوة رسول الله - ﷺ- والتنفير من الفواحش فقد عاون على البر والتقوى ، وترك ظاهر الإثم وباطنه(١).

الفـــرع الثانى

مـــدة بقـــاء الطفـــل المســلم في حضانة غير المسلم

اختلف القائلون بجواز حضانة غير المسلمة فى المدة التى يبقى الطفل عندها.

فذهب الحنفية والظاهرية:

إلى أن حضانة غير المسلمة علي المسلم تسقط فى حالتين:

الحالة الأولى: أن يعقل الصغير الأديان ، فانه ينزع منها لاحتمال حدوث الضرر، لأنه قلما يوجد طفل لايهتدى بنفسه إلى مايلقنه القائمون عليه والطفل منذ نعومة اظفاره يعنيه التمرين على فهم مايقع تحت حواسه ويسهل عليه ربط الحوادث وارجاع بعضها إلى بعض حتى يصبح مايلقنه عقيدة راسخة فى نفسه وهو مكلف بتقليد كل شئ تقع عينه عليه.

وقدر السن الذى يعقل فيه الصغير الأديان بسبع سنين لصحة اسلامه فى هذه السن(٢).

---

(١) المحلى، لابن حزم، جـ١٠ ص ٣٢٣ وما بعدها.

(٢) فتح القدير، جـ٣ ص ٣١٧ ، حاشية ابن عابدين، جـ١ ص ٦٩٣ ، وقد جاء فى تنوير الابصار: «أن الحاضنة الذمية ولو مجوسية كمسلمة ، مالم يعقل دينا وأنه ينبغى تقديره بسبع سنين لصحة إسلامه فى هذه السن نقلا عن النهر إلى ان يخاف أن يألف الكفر فينزع منها ، وإن لم يعقل دينا نقلا عن البحر» ، الدر المختار، فى شرح تنوير الابصار، تأليف الحصكفى، المتوفى سنة ١٠٨٨هـ ، طبع الأستانة سنة ١٢٧٧هـ ، والمحلى، جـ١٠، ص ٣٢٣ وما بعدها.

إلا اذا كـان عنده ادراك ظاهر قبل ذلك يخشى معه التأثر بعقيدتها وعبادتها.

وقد جاء في فتوى لدار الافتاء المصرية:

«نص الفقهاء ايضا على أن الحاضنة غير المسلمة احق بالولد المسلم مالم يعقل الأديان بأن كان سنه سبع سنوات ولم يخف عليه أن يألف عقائد وعادات غير المسلمين فان بلغ سنه سبع سنوات أو خشى عليه ماذكر لم يكن للحاضنة غير المسلمة حق فى حضانته حينئذ وكان الأمر فى حفظه مفوضا لرأى القاضى مالم توجد حاضنة لايترتب على حضانتها اياه شئ مما ذكر فصار الحاصل أن الولد المسلم أنما يحضنه من لايخشى عليه منه لافى شخصه ولا فى دينه ولافى خلقه وسلوكه[1].

وجاء فى حكم لمحكمة ميت غمر أنه:

«قدر بعض الفقهاء السن التى بها يعقل الصغير ماذكر بسبع سنين ولكن اذا نظرنا إلى الواقع الآن نجد أن الصغير يتأثر كثيرا بما حوله قبل بلوغ هذا السن على الأخص فيما يشاهده من افعال شائنه تحيط به وأنه يدرك كثيرا منها»[2].

الحالة الثانية: ان يخاف على الصغير من أن يألف غير الإسلام دينا كأن تأخذ الصغير إلى معابدها وكنائسها.

لأنه مما لاشك فيه أن الذهاب بالطفل المسلم إلى معابد غير المسلمين يترك فى نفسه اثرا لايستهان به ، فلابد أن يتأثر بما يقع تحت سمعه وبصره ، فيؤثر ذلك في عقيدته ودينه وحياته.

(١) فتوى صادرة بتاريخ ١١ من صفر سنة ١٣٥٧هـ ابريل سنة ١٩٣٨م.

(٢) حكم محكمة ميت غمر فى ١٩٥٣/١/١٤ ت س ت م ش ٨١/٢٥ مبادئ القضاء فى الاحوال الشخصية - الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٦م، ص ٤١١ ، حكم محكمة دمنهور الشرعية أول ربيع الثانى سنة ١٦٥٠هـ فى ١٩٣١/٨/١٥ ، مجلة المحاماة الشرعية السنة ٤ العدد الأول، س ٥٩ رقم «١٦».

كما انه لامانع يمنع الحاضنة أن تغذى الطفل ماليس حلا فى دينه كأن تعوده على شرب الخمر أو أكل لحم الخنزير أو تتخذ معه اجراء يخشى منه على فساد دينه[١].

لكل هذا ينزع المحضون من حضانته خوفا عليه أن يألف الكفر أو يتعود عادات غير المسلمين[٢].

وقد اختلفت الآراء فى الوقت الذى يخاف فيه من الف الكفر.

فذهب البعض إلى أن السن التى يخشى فيها على الصغير من أن يألف غير الاسلام دينا غير محددة وحددها بعضهم بسبع سنين.

فقد حكم بضم بنت سنها ست سنوات ونصف إلى أبيها من أمها الباقية على دين اليهودية مع أنه قد أعتنق الإسلام وبنى هذا الحكم على أن حق الذمية فى حضانة المسلم مقيد بما اذا لم يعقل دينا ، أو يخشى عليه أن يألف غير دين الإسلام ، أو يألف عادات أهل الكفر ، فان تحقق شئ من ذلك أخذ منها رعاية لمصلحة الصغير[٣].

---

(١) المحلى، جـ١٠ ص ٣٢٣ وما بعدها ، رد المحتار، جـ٣ ص ٥٦٤ ، وجاء فى العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية، جـ١ ص ٦١: «سئل فيما اذا أسلم يهودى ثم مات عن زوجة يهودية وبنين منها عمر اكبرهما ست سنين وعن أب يهودى موسر ولم يترك الميت شيئا فهل تكون حضانة بنتيها لها حيث لم يعقلا دينا ولايخاف أن يألفا الكفر وتكون نفقتها على جدهما «الجواب» نعم حيث الحال ماذكر والحاضنة الذمية ولو مجوسية كمسلمة مالم يعقل دينا فينبغى تقديره بسبع سنين لصحة اسلامه حينئذ وإلى أن يخاف أن يألف الكفر فينزع منها وان لم يعقل دينا».

(٢) وانتزاع الصغير فى هذه الحالة يكون من حق القاضى حتى ولو تنازل المدعى به عن دعواه ، حكم محكمة الاسكندرية الشرعية فى ١٢ مايو سنة ١٩٤٠ ، المحاماة الشرعية س ١٤ ع ٨، ٩ ، ١٠ ، ص ١٠٢ ، ١٥٩.

(٣) حكم محكمة كرموز الابتدائية فى القضية رقم ١١٤ سنة ١٩٣٩ - ١٩٤٠ ، الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية، ص ٢٥ ، ومضمون ماجاء تفى المحلى، جـ١٠ ص ٣٢٣: «ان سن الفهم يقدر بعام أو عامين بعد حولى الرضاعة فاذا بلغ الطفل هذه السن سقط حق حاضنته الذمية فى الحضانة».

ويقول الاخصائيون فى بحث أحوال الأطفال أن ا لطفل ينقش فى ذهنه المرئيات والمسموعات انتعاشا كاملا فى سن مبكرة قبل بلوغ السن التى يعقل فيها الأديان حتى وهو فى الحولين الأولين.

ولما كانت البنت المتنازع عليها فى السادسة ، ويخشى عليها إيلاف دين أمها ، وهى من اليهود أشد الناس عداوة للإسلام والمسلمين فقد حكم بضمها إلى أبيها.

لكن حكم بعكس ذلك فى الاستئناف:

وقالت المحكمة الاستئنافية فى حكمها: «إن الفقهاء على اختلاف عباراتهم متفقون على أن الحاضنة الذمية لها حق الحضانة فى مدة أهمل بعضهم تقديرها وقال بعضهم إنها سبع سنوات ، وقال بعضهم إذا خيف على الصغير إلف الكفر ، أو كان يعقل دينا نزع من يد حاضنته الذمية. فذمية الحاضنة وحدها غير محققة للخشية على دين المحضون ، والا لمنعت الذميات من الحضانة مطلقا.

وان الدين وتعقله لايقاس بالغرائز والطباع التى يتبادر إلى الطفل نموها وظهورها ، وانما الدين يأتى بالتعليم والتلقين ، ولذلك وقت يجئ متأخرا عن الأشياء المحسوسة التى يتبادر إلى الطفل تعلمها.

وقد راعى الشارع ذلك فلم يوجب تكاليفه لغير البالغ ، ولم يهد لها دون السابعة.

فقياس الدين وتفهمه وهو من الأشياء التى ترجع إلى الروح والعقل على الأشياء المحسوسة والمجسمة قياس ظاهر البطلان.

نعم قد يوجه الطفل توجيها سيئا ، فيقول كلمات تقليدية لايريدها ولايفهم معناها ولامدلولها ، وهذا ليس دينا ، ولاهو مقصودا للطفل بحال.
وقالت المحكمة أيضا انه لم يثبت امام محكمة أول درجة أن الطفلة تعقل دينا ،

لانها لم تستعرض البنت ، ولم تختبر قواها العقلية ، ومقدار تفهمها للدين ، وهى لم تستكمل السادسة ، وأن ماقدم من الإثبات على أن امها تسقيها الخمر وتذهب بها إلى الكنيسة ظاهر الكذب[١].

والظاهر مما تقدم أن الخلاف أساسه متى يعقل الولد الدين ، وهذا أمر قال البعض إنه سن السابعة.

لكن إن خيف أن يألف الولد الكفر نزع من حاضنته الذمية ولو لم يبلغ السابعة ، بل إن محل الخوف من إلف الكفر أن يكون الولد دون السابعة ذلك لأنه فى سن السابعة ينزع ، صبيا كأن أو صبية ، لأنه عند ذلك يكون قد وصل إلى السن التى يعقل فيها الأديان ، فيكون بقاؤه مع حاضنته الذمية فى غير صالحه.

وخلاصة مذهب الحنفية والظاهرية بشأن المدة التى يبقى الطفل فيها عند حاضنته الذمية:

أنه يفرق بين حالتين:

الأولى: أن يعقل الصغير الأديان -وهنا ينزع من حاضنته الذمية أما كانت أو غيرها. وقيل إن ذلك مقدر بسبع سنين.

والثانية: ألا يعقل الأديان. وهنا نفرق بين:

١- فان خيف أن يألف الصغير الكفر ، مع أنه لم يعقل الأديان ، ينزع من حاضنته الذمية حرصا على مصلحته.

٢- وإن لم يكن هناك خوف من ذلك فانه يبقى فى حضانة الذمية حتى يعقل الأديان.

---

(١) محكمة الاسكندرية الابتدائية فى ٦ ربيع الثانى سنة ١٣٥٩ ، ١٣/٥/١٩٤٠ ، المحاماة الشرعية، السنة ١١ ، الأعداد ٨ - ١٠ ، ص ١٠٢ ، ١٠٦ ، رقم ١٥٩.

ومدار بقاء الحضانة للذمية على المسلم أن مناط الحضانة الشفقة فى الحاضنة وهى متوافرة بالفطرة على الرغم من اختلاف الدين[١].

وذهب المالكية والاباضية:

إلى بقاء الطفل مع أمه غير المسلمة أو حاضنته غير المسلم مدة الحضانة شرعا.

مادام لها هذا الحق فتكون كغيرها من الحواضن المتفقة الدين مع المحضون فتكون حضانة الذكر للبلوغ والانثى لدخول الزوج بها.

وتمنع من تغذيته خمرا وخنزيرا فان خشى عليه منها ضمت مع طفلها إلى أحد المسلمين من جيرانها ليكونوا رقباء عليها ليحفظ الولد حرصا على مصلحته وعلى دينه ولاينزع منها[٢].

المطلب الثالث

موقف قانون الاحوال الشخصية والقضاء المصرى

الفرع الأول

موقف قانون الاحوال الشخصية

وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية بماذهب إليه أصحاب القول الثالث.

إذ نصت المادة « ٢٠ » منه على: ...

« أن اتحاد الدين ليس شرطا فالمسلم المتزوج من مسيحية لايمنع من

(١) الاحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية، للأستاذ الكبير/ عبد العزيز عامر ، الطبقة الثانية، ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م دار الفكر العربى، ض ٢٤٩.

(٢) حاشية الدسوقى، جـ٢ ص ٤٨٩ ، الشرح الصغير، جـ١ ص ٤٥٢ ، التاج والإكليل، جـ٤ ص ٢١٦ ، كتاب شرح النيل، جـ٧ ص ٤١٥.

حضانتها لأولادها منه وهم مسلمون تبعا للأب إلا اذا خيف على الطفل افساد دينه».

الفرع الثانى

موقف القضاء المصرى

اختلفت احكام المحاكم المصرية فقد غلب القضاء المصرى الأخذ برأى المالكية والحنفية فحكمت بعض المحاكم بعدم اشتراط أن يكون الحاضن مسلما لأن المناط فى الحضانة على الشفقة وهى لاتختلف باختلاف الدين.

لكن لايبقى الصغير مع غير المسلم اذا خيف عليه الفتنة فى الدين.

جاء فى حكم لمحكمة العطارين ...

«المنصوص عليه أن الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الأديان ، وجمع فى الهداية مع هذا أمرا آخر هو أصل استنتجه من قواعدهم وهو "أن الذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الأديان أو يخاف عليه من أن يألف الكفر ولو لم يعقل الأديان"»(١).

ومقتضاه انه اذا خيف أن يألف الكفر انتزع منها وان لم يعقل الأديان. وفى النقابة لو خيف على الولد أن تغذيه امه الذمية بالخمر بلحم الخنزير ضم إلى اناس من المسلمين وظاهر أنه ينزع منها بحكم القاضى وانه لاعاصب له مصلحة والا سلمه القاضى إليه».

وقد رفضت إحدى المحاكم المصرية دعوى رفعها أب مسلم ، يطالب فيها بضم ولده البالغ من العمر أربع سنوات إليه ، لأن امه مسيحية ، وعللت ذلك

---

(١) حكم محكمة العطارين فى ١٩٧٨/٤/٢٠ ، ٢٩٥ / ٤٨ م ش ٢٠ ٣٤٠ ، ونفس المعنى فى حكم محكمة الاسكندرية الشرعية فى ١٢ مايو سنة ١٩٤٠ ، انظر مجلة المحاماة الشرعية السنة ٢٠، ص ٣٤٠ ، الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية، ص ٢٥٢.

بقولها ...

«... ينظر إلى هذا الولد الذى أسلم أحد أبويه دون الآخر ، فإن كان فى سن يعقل معها الدين ، ويمكن أن تنطبع فى ذاكرته المرئيات ، فانه يؤخذ منها ، إذ لايؤمن عليه حينئذ من الفتنة ، ولما كان الولد فى الرابعة من عمره فلا يمكن لمثله ، وهو فى هذه السن أن يعقل معها الدين ، ولايمكن أن ينطبع فى ذاكرته شئ من آثار تعبدها بالديانة غير الاسلامية ، وعلى ذلك فلا ضرر عليه مطلقا، مع بقائه فى حضانتها»[1].

وقد قضى بأن النظر فى هذا ، انما يرجع إلى مصلحة الصغير والحرص عليه أن ينشأ عارفا بدينه الذى نسب إليه تبعا لاسلام ابيه فيجب النظر فى ، هل يتحقق هذا المقصود بحضانة الأب لابنه ، أم المدعى عليها.

فقد صرح الأب أنه لايعرف عن الاسلام شيئا إلا أنه اشهد على نفسه بالاسلام أمام المحكمة الشرعية. وهذا كاف فى الحكم له بأحكام الاسلام ، ولكنه لايكفى أن يضم إليه طفل لم يبلغ الثالثة من عمره ليربيه تربية اسلامية وتخيّر له أن يبدأ هو بنفسه[2].

وقد قضى بأن من يسلم ويصرح أنه انما اسلم للتخلص من حقوق الزوجية ويصرح أمام المجلس الملى أن اسلامه امر ثانوى وأنه مستعد أن يعود إلى النصرانية إن كان هناك وجه للصلح وثبت عليه أنه لايعرف من الإسلام إلا انه اشهد على نفسه بالاسلام لايكون أفضل من الحاضنة المسيحية. لأنه يستوى معه فى عدم إفادة الطفل شيئا من تعاليم الإسلام ، وان حكم بالاسلام بل هى تفضل عنه بأحقيتها للحضانة فى الأصل.

وعدم تحققها معنى فى الأب ، ومن ثم لايجب نزعه من يدها.

(١) الأحوال الشخصية فى التشريع الإسلامى، ص ٦٠١.
(٢) محكمة الازبكية، ق ١١٧ / ١٩٣٩.

وأخذت بعض المحاكم بالقول الثالث:

ومن احكامها

١- جاء فى حكم استئنافى لمحكمة مصر الكلية الشرعية ...

«حيث أنه يشترط فى الحاضن العاصب اتحاد الدين فلا حق للعصبة فى حضانة الصبى إلا أن يكون على دينه -فاذا كان أخوان احدهما مسلم والآخر يهودى والصبى يهودى فاليهودى أولى[١].

كما قضى بأن امساك الصغار المسلمين فى بيت غير المسلمين يعتبر امساكا لهم فى بيت المبغضين لهم بمقتضى طبيعة اختلاف الدين ، وفى الوقت نفسه يخشى منه على الصغار الذين بلغوا سن التمييز أو سن التقليد من أهل الكفر وعادات أهله[٢].

(١) حكم محكمة مصر فى ١٢/٩/١٩٣٨م ، ٤٤٦ / ٣٧ س ك مصر م ش ١١/١/١٩٦٣ ، مبادئ القضاء فى الاحوال الشخصية، ص ٤١٩ ، مجلة المحاماة الشرعية، س ١١ ص ٦٣.

(٢) مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية، ص ٩٢١.

المطلب الرابع

المناقشة والترجيح

الفرع الأول

مناقشة أدلة الأقوال المختلفة

مناقشة أدلة أصحاب القول الأول:

أ- استدلالكم من الكتاب بقوله تعالى: ﴿**ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا**﴾[1]، على اشتراط الاسلام فى الحاضن أو الحاضنة غير مسلم لأن هذه الآية عامة.

وقد ورد عليها التخصيص والمخصص لها الأحاديث الواردة فى الحضانة.

ومنها حديث عمرو بن شعيب حيث ورد فيه قول الرسول لأم الصغير: «**أنت أحق به مالم تنكحى**» حيث لم يشترط الرسول فى قوله هذا إسلام الأم[2].

وقولكم بأن الحاضنة الكافرة غير امينة عليه فقد توكله لحم الخنزير أو أن تسقيه خمرا ولاتكون رحيمة به مردود.

لأنها كانت تعيش مع زوجها ومع طفليها وتقوم على تربيته وقد ارتضى الاسلام انها تكون زوجة للمسلم فتكون لها حضانة ولدها لأنه ثمرة الزواج المشروع.

ويمكن رد هذا الاعتراض:

أنه فى حالة قيام الزوجية يكون الحب متبادل والكل يرعى مشاعر الآخر ولما للأب من القوامة على البيت فانه يصعب على الأم أن تلقنه تعاليم

---

(١) سورة الآية: .

(٢) نيل الأوطار، جـ٦ ص ٣٣١.

دينها[١].

مناقشة أدلة أصحاب القول الثانى:

استدلالكم بحديث رافع بن سنان حيث خير النبى - ﷺ - ابنته بين ابويها فاختارت ابيها. مردود لما يلى:

* انه مخالف للاجماع .. لان الامة أجمعت على أنه لايسلم الصبى لحاضن كافر أما كانت أو غيرها.

* وهذا الحديث ضعيف عند أهل الحديث فلا يحتج به قال ابن المنذر فيه لايثبته أهل النقل وفى إسناده مقال وقد ضعفه الثورى وابن معين[٢].

وقد روى على غير هذا الوجه من رواية عبد الحميد بن جعفر بن رافع.

* على فرض صحته فليس فيه مايثبت حق الأم الكافرة فى حضانة ولدها المسلم ، بل فيه مايفيد سقوط حقها حيث عرف النبى - ﷺ - أن دعاءه يستجاب وأن الصبية سوف تختار اباها المسلم فلو كان لها حق لأقرها عليه ولما دعا عليه السلام بذلك وماحدث منه - ﷺ - فى هذه القضية ماكان الا تطيباً لقلب الأم واستمالة له لأن كونها مع الكافر خلاف هدى الله تعالى[٣].

* هذا الحديث يعتبر خاصا بواقعة محددة فلا يتعداها ، لانه لاحضانة لكافر على مسلم بخلاف العكس لأن المسلم يلى الكافر وتثبت للكافر على الكافر.

ويناقش ما استدلوا به من المعقول:

بأن الشفقة وإن كانت أصيلة فى الحاضنة بالنسبة للمحضون ، إلا أنها

---

(١) الوسيط فى تشريعات الاحوال الشخصية، للاستاذ خالد شهاب، طبعة ١٩٩٢م، ص ١٣٣.

(٢) سبل السلام، جـ٣ ص ٢٢٨ ، مغنى المحتاج، جـ٣ ص ٤٥٥ ، نهاية المحتاج، جـ٦ ص ٢٧٣.

(٣) المغنى والشرح الكبير، جـ٩ ص ٢٩٨ ، المغنى، جـ١٠ ص ١٢١ ، كشاف القناع، جـ٣ ص ٣٢٨ ، زاد المعاد، جـ٥ ص ٢٥٨.

قد تعتبر أن من الشفقة عليه أن ينشأ على دينها ، لأنها اختارته ، واختيارها له مظنة إيمانها بأنه فى نظرها الدين الحق. ويجب أن تسد فى وجه فساد دين المحضون كل ذريعة.

والقول بأن المحضون ينزع من الحاضنة إذا عقل الأديان أو خيف أن يألف الكفر قول فيه مخاطرة بالنسبة له وصعوبة فى التطبيق العملى فالولد مع حاضنته تحت سقف واحد ، وقلما يعرف ماتقوم به من حيث تربيته على دينها ، فقد تتخذ فى سبيل ذلك كل حيلة لإخفاء قصدها وفعلها أما نزعه عندما يعقل الأديان فقد قالوا إنه فى السابعة. وقبل ذلك قد يكون استقر فى ذهنه مايفسد عليه عقيدته[1].

ويمكن الرد على هذه المناقشة:

بأننا اذا علمنا أن الولد يألف غير الاسلام دينا نزعناه من حاضنته غير المسلمة دون الانتظار إلى سن السابعة.

والقول بان الولد مع حاضنته تحت سقف واحد ، وقلما يعرف ماتقوم به من حيث تربيته على دينها.

فالاسلام قد اباح للمسلم ان يتزوج غير المسلمة ومن المعلوم أن الرجل مشغول بعمله ودائما خارج بيته ومن ثم فحاضنته تكون معه وحدها تحت سقف واحد.

(١) الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية، ص ٢٥١.

الفرع الثانى

الرأى الراجـــح

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم والمناقشات التى وجهت اليها أرى رجحان القول الثالث وهو.

* اشتراط الاسلام فى الحاضن الذكر فقط دون الأنثى ولذلك يشترط فى الرجل الحاضن أن يكون متحدا فى الدين مع المحضون فلا حضانة للأخ الذمى على أخيه المسلم.

على أنه إذا كان الصغير غير مسلم تبعا لأبويه وكان عاصبه مسلما فان اختلاف الدين فى هذه الحالة لايمنع من استحقاقه لحضانته ، اذ ليس هناك مايمنع من ولاية المسلم على غير المسلم ولم يراع هذا الشرط فى الحاضنات من النساء.

* وبالتالى تكون الأم الكافرة أحق بحضانة ولدها المسلم حتى يبلغ مبلغ الفهم وهو سن السابعة أو يتضح أن فى بقائه معها خطرا على دينه ، ففى هاتين الحالتين يسقط حقها فى الحضانة وأشير إلى أسباب هذه التفرقة.

بالنسبة للرجل:

١- اتفق الفقهاء على أن الحضانة ضرب من الولاية ولا ولاية لغير المسلم على المسلم.

مع ملاحظة أن جميع الأديان غير دين الإسلام تعتبر دينا واحدا ، فيثبت للأخ اليهودى حق الحضانة لأخيه النصرانى.

٢- لاشك أن نشوء الولد منذ نعومة أظفاره فى بيت مسلم يختلف عنه لو كان فى بيت غير مسلم حتى وان كان فى السن الأولى. والصغير قد تنطبع فى ذهنه صور المرئيات فى مستهل حياته ، فيكون لها تأثير فى حياته وفى سلوكه المستقل والدين جماع كل الفضائل ، فيجب أن يحتاط غاية الاحتياط

فى توفير الجو المناسب للطفل لكى يشب على الدين[١].

وبالنسبة للمرأة:

* مراعاة لمصلحة الصغير لوفور حنان الأم فى وقت هو فى أشد الحاجة إليه مع مراعاة مصلحة الأم من ناحية أخرى لعدم التفريق بينها وبين ولدها فى سن مبكرة[٢]، وقد قال - ﷺ-: **«من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة»**[٣].

* أن الشريعة الإسلامية قد ارتضت أن تكون الكتابية زوجة للمسلم، قال تعالى: **﴿اليوم أحل لكم الطيبات، وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم، والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾**[٤].

واذا ارتضت الشريعة الإسلامية هذه العلاقة، والولد ثمرة من ثمراتها فلا يعقل ان لانقر حضانتها عليه. فالرضاء بالشئ يستتبع الرضاء بتوابعه.

* ترك الولد فى يد أمه -اذا أمن عدم التأثير فى ديانته- إلى ماقبل سن السابعة من عمره لايتعارض مع بداية تعليم الأولاد قواعد وأحكام الدين الإسلامى.

فالرسول - ﷺ- يقول: **«مروا صبيانكم بالصلاة لسبع سنين، واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم فى المضاجع»**[٥].

---

(١) الاحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية، ص ٢٥١.

(٢) آثار عقد الزواج فى الشريعة الإسلامية، أ.د. احمد عثمان، الرياض سنة ١٤٠١هـ - ١٩٨١م، ص ٢٤٢.

(٣) اخرجه الامام احمد والترمذى والحاكم من حديث أبى ايوب . سنن الترمذى، جـ٤ رقم ١٢٨٣، سبل السلام، جـ٣ ص ٢٢٩.

(٤) سورة المائدة الآية: ٥.

(٥) حق الطفل فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، ص ٧٩١.

ويقول احد علماء الصحة النفسية:

أن مطالب النمو فى مرحلتى المهد وماقبل المدرسة «حتى ٦ سنوات» هى:

- تعلم المشى ، الفطام ، الكلام ، ضبط الاخراج.
- اكتساب الثبات الفسيولوجى والاتزان الجسمى والعضلى.
- تعلم الفروق بين الجنسين والآداب الخاصة بالتعبيرات الجنسية.
- نمو الثقة فى الذات والآخرين.
- تكوين المفاهيم الأولية عن بعض حقائق البيئة التى يعيش فيها.
- اكتساب الضمير ومعايير الصواب والخطأ.
- تعلم تكوين وتنمية الروابط الاجتماعية والانفعالية «العواطف والمشاعر» مع الآخرين خصوصا الآباء والأخوة.
- تعلم بعض قواعد المسايرة الاجتماعية[1].

(١) علم نفس النمو، أ.د. محمود عبد القادر محمد على، دار البيان للطباعة طبعة، سنة ١٩٨٦م ص ١٨ ، ١٩.

المطلب الخامس

أثر الـــــــردة(١) على استـــــحقاق الحضـــــانة

إن تشريع حد الردة يحمى النظام الاجتماعى فى الدولة الإسلامية الذى يقوم أساسه على الدين ، إذ لايستقيم أمر الجماعة إذا ترك لكل من ينتسب إليها أن يطعن فى دينها بما شاء من المطاعن بعد أن أمر به مختارا أو التزم باحترامه والعمل به.

إذن لايمكن أن تترك جريمة التعرض بالإسلام والتشهير برموزه بدون عقاب.

ولهذا فان الرأى السائد فى الفقه الإسلامى يذهب إلى اعتبار الردة جريمة حد يعاقب عليها بالقتل.

وقال معظم الفقهاء أن المرتد يستتاب ثلاثة أيام ، فان تاب ورجع إلى الإسلام فبها ونعمت ، والا قتل بعد كشف شبهته وبيان بطلانها(٢).

وهذا عند جمهور الفقهاء لافرق فى ذلك بين كون المرتد رجلا أو

---

(١) **الردة فى اللغة:** اسم من الارتداد ويعنى الرجوع مطلقا ومنه المرتد لانه ارتد إلى الوراء بعد أن تقدم للهداية والشرد فالراجع مرتد قال تعالى: ﴿**ولاترتدوا على أدباركم فتنقلبوا خاسرين**﴾، سورة المائدة الآية:٢١ ، المصباح المنير، مختار الصحاح .
وفى اصطلاح الفقهاء: هى الرجوع عن الاسلام بعد الايمان أو قطع الاسلام أو الارتداد عما كان عليه المسلم إلى الكفر ، كشاف القناع، جـ٤ ص ١٠٠ ، الأم، جـ٤ ص ١٣٤ ، مواهب الجليل، جـ٦ ص ٢٧٩ ، حاشية ابن عابدين، ط ٢ ، مصطفى الحلبى، جـ٤ ص ٢٢١.

(٢) والحكمة من قتل المرتد: أن فى قتله حماية لحرية العقيدة من العبث والفساد ولايقتله الا الامام أو من ينيبه لأنه قتل يجب لحق الله وان قتله غيره بغير اذنه اساء ويعزر لإفتئاته على الامام ، معين الحكام، ص ١٨٦ ، المغنى، جـ١٠ ص ٧٤ ، الاحكام السلطانية للماوردى، ص ٥١ ، نيل الأوطار، جـ٨ ص ٩٧.

امرأة لقول الرسول - ﷺ -: «من بدل دينه فاقتلوه»[١].

وحديث ابن مسعود رضى الله عنه: «لايحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأنى رسول الله إلا باحدى ثلاث ، النفس بالنفس ، والثيب الزانى، والتارك لدينه المفارق للجماعة»[٢].

وقال العلامة ابن رجب: «والقتل بكل واحدة من هذه الخصال متفق عليه بين المسلمين»[٣].

وروى عبد الرزاق: «أن ابن مسعود أخذ قوما ارتدوا عن الإسلام من أهل العراق فكتب فيهم إلى عمر ، فكتب إليه: أن أعرض عليهم دين الحق وشهادة أن لا إله إلا الله ، فان قبلوها فخل عنهم واذا لم يقبلوها فاقتلهم فقبلها بعضهم فتركه ولم يقبلها بعضهم فقتله»[٤].

غير أن الاحناف ذهبوا إلى أن المرأة المرتدة تستتاب فان لم تتب حبست وضربت حتى تقع منها التوبة على أساس أن الرسول - ﷺ- نهى عن قتل النساء[٥].

وبناء على هذا ...

فلا يستحق المرتد الحضانة لأنه مستحق للقتل فلا يجوز أن نتركه حرا طليقا بل لابد من معاقبته ، وعقابه بالقتل لايمكنه من القيام بمهام الحضانة.

---

(١) رواية الجماعة الا مسلما ومثله عن ابى هريرة عند الطبرانى باسناد حسن وعن معاوية بن صبرة باسناد رجاله ثقات، مجمع الزوائد ومنبع الفوائد لعلى بن ابى بكر الهيثمى، طبعة ثالثة مطبعة المقدسى بالقاهرة، جـ٦ ص ٢٦١ ، نيل الأوطار، جـ٨ ص ٥ ، ٦ ، طبع دار الجيل. -

(٢) وفى بعض صيغه عن عثمان: «... و رجل كفر بعد اسلامه أو زنى بعد احصانه أو قتل نفسا بغير نفس» رواه الترميذى وحسنه النسائى وابن ماجه وقد صح هذا المعنى من رواية ابن عباس ايضا وأبى هريرة وأنس.

(٣) شرح الحديث الرابع عشر من «جامع العلوم والحكم» بتحقيق شعيب أرناووط ، طبع الرسالة.

(٤) رواه عبد الرزاق فى مصنفه، جـ١٠ ص ١٦٨ ، الأثر، رقم ١٨٧٠٧.

(٥) نيل الأوطار، جـ٧ ص ١٩٠.

وعلى ذلك اذا كانت أم الطفل مسلمة ثم ارتدت عن دين الإسلام فان حقها يسقط فى الحضانة[١].

للأسباب الآتية:

* المرتدة لادين لها -والحضانة نوع من الولاية ، والمرتدة لا ولاية لها على المحضون ، اذا كان مسلما كما أنها لاتحترم يدها عليه لأن المرتد لا ملة له ولاتحترم له يد مع الردة ولاتقدير له ولاليده شرعا ، لأنه ميت حكما.

* ولأن المرتدة تحبس عقوبة لها على الردة حتى تعود إلى الإسلام أو تموت وما دام ذلك حالها فانها تكون غير قادرة على الحضانة كما أنه ليس فى مصلحة الصغير امساكها له لأنها غير مأمونة فيخشى منها أن تغير دينه ولهذا فهى ليست أهلا للحضانة.

* كما أن الحضانة ثقة بها وتكريم لها ، ولاتستحق المرتدة أى ثقة أو تكريم، ومثلها لايعتمد عليه فى التحمل بالاحكام الشرعية وتربية النشئ على المبادئ والخلق ويخشى على الولد منها من أن تؤثر على عقيدته أو تزرع فيه بذور الإلحاد والزيغ.

وأحكام المذهب الحنفى هى المطبقة قضائيا هنا.

وجاء فى فتوى عن دار الإفتاء المصرية: ...

«المرتدة ليست اهلا للحضانة لأن جزاءها الحبس حتى تتوب أو تموت فلا تصلح لحضانة الطفل وتربيته مابقيت على ردتها ، ولأنها برجوعها عن الإسلام تكون مبغضة لدين الطفل المسلم ، ولاتؤمن أن توجهه إلى غير الإسلام فينزع

---

(١) إلا اذا كان المحضون فى فترة الرضاعة وكانت الحاضنة امه ولم يقبل غيرها فينبغى بقاء المحضون معها حفاظا على حياته ورعاية له أخذا من فعل الرسول - ﷺ- حكم بتأخير عقوبة الرجم للزانية الحامل حتى يمكن استغناء الولد عنها.

من يدها محافظة عليه ... الخ»[١].

وجاء فى فتوى أخرى: ...

«إن سقوط حق المرتدة فى الحضانة ليس لذات الردة بل لما يترتب عليها من الحبس بالفعل وعدم التفرغ للحضانة فاذا لم تحبس لم يكن ضرر على الصغير من بقائه عند الحاضنة فلا يكون هناك مقتضى لزوال حق الحضانة عنها، أما اذا بلغ المحضون مبلغ من يقعل دينا بأن بلغ السابعة كما هو الشأن فى ولد الذمية المسلم أو خيف عليه أن يألف الكفر فانه يسقط حقها فى حضانته لتضرر المحضون من البقاء عن الحاضنة»[٢].

حكم عودة الحاضنة المرتدة إلى الإسلام:

ولو ارتدت الحاضنة المسلمة عن الإسلام -والعياذ بالله- أو كانت ذمية وثبت أنها تعود ولدها المسلم شرب الخمر أو أكل الخنزير فحكم باسقاط حضانتها لهذا السبب أو ذاك ثم عادت المرتدة إلي الإسلام أو أسلمت الذمية فالأصل أنه يعود إليها حقها فى الحضانة ؛ لكن غالبية الاحكام ذهبت إلى أنه اذا قامت القرائن على أن هذا الإسلام صورى لم يرد منه سوى استرداد الحق فى الحضانة وان حقيقة عقيدة الحاضنة لم تتغير عما كانت عليه قبل الإسلام لم يلتفت إلى إسلامها ولايحكم لها بعودة الحق فى حضانة الصغيرة[٣].

والحق أنه لايصح البحث عن العقيدة القلبية فيما وراء النطق بالشهادتين وعدم الإتيان بما يناقض النطق بهما مناقضة ظاهرة ، إلا انه اذا كانت الذمية التى اسلمت لاتزال تأتى المحرمات مالايصل إلى حد مناقضة العقيدة الإسلامية فمع التسليم بصحة إسلامها تعتبر غير امينة على الصغير[٤].

---

(١) فتوى صادرة بتاريخ٢٦/١٢/١٩٦٧م، المجلد الخامس سنة ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م،ص١٩٥٧.

(٢) فتوى صادرة ٦ يناير سنة ١٩٣١.

(٣) حكم محكمة شبرا الشرعية فى ١٢ مايو ٤٠ المحاماة الشرعية س ١١ ٨٤ ، ٩ ، ١٩ ، ص ١٠٨ / ١٧١.

(٤) حكم محكمة الجمالية الشرعية فى ٢ مارس سنة ١٩٤٢ س ١٣ ع ٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ،(=)

المبحـــث الثانى

القدرة على حفظ المحضون

تمهيد وتقسيم:

من المعروف أن الحكمة من مشروعية الحضانة هو عجز الولد عن النظر فى أول حياته إلى نفسه وعدم مقدرته على القيام برعاية مصالحة بنفسه بالاضافة إلى عدم إدراكه لما ينفعه ومايضره.

وهو كذلك لايستطيع الكسب والسعى ، ولا اصلاح نفسه بالتربية ، والتعليم واللباس ، فهو بحاجة إلى التأديب بالآداب الكريمة ، والتخلق بالأخلاق الفاضلة ، وتحتاج الأنثى إلى معرفة امور النساء وتدبير شئون المنزل.

والشارع الحكيم أناط هذا الأمر بوالدى الصغير لأنهما أقرب الناس إليه فى هذه الحياة ووزع الأعباء عليهما كل فيما يصلح له.

وعند فقد الأبوين أو احدهما رتب الفقه الإسلامى الحاضنين والحاضنات حتى لايضيع الولد.

والقيام الحاضن بمهامه خير قيام:

كان من الشروط التى يجب توافرها فيه أن يكون قادرا على القيام بمطالب وحاجات المحضون.

فتكون لديه الاستطاعة البدنية والقدرة الكاملة على حفظ المحضون ورعايته والقيام بشئونه من خدمة ومتابعة وتدبير امره.

(=) ص ١١٠ ، ٦٨١ جزئى وقد تأيد استئنافيا ، وقد جاء فى هذا الحكم «لايقبل الطعن بصورية الإسلام والبقاء على اليهودية بعد صدور اشهاره الإسلام لقوله تعالى: ﴿ولاتقولوا لمن القى اليكم السلام لست مؤمنا﴾ ، يراجع، الاحوال الشخصية الاستاذ الكبير/ محمد الحسينى حنفى، الطبعة الرابعة - دار الفكر العربى، سنة ١٩٦٥ - ١٩٦٦م، ص ١٩٠.

أي لاتكون الحاضنة عاجزة عجزا كليا أو جزئيا كالمريضة مرضا لابرأ منه أو مرضا معديا يتحقق معه وجود الخطر على حياة الطفل ، أو لكونها مصابة بعاهة أو شيخوخة ، فلا حق لها لأن هذا الحق انما ثبت لها لحفظ الولد وتربيته. وهذا لايتحقق مع العجز.

وهذا يتطلب منا الحديث عن صور عدم القدرة التى تجعل الحاضن «أو الحاضنة» غير قادر على حفظ المحضون وهى:

المطلب الأول: المرض

المطلب الثاني: وجود عاهة.

المطلب الثالث: السن.

المطلب الأول

المرض(١)

المرض انواع عديدة منها الأمراض المزمنة والخطيرة ومنها الامراض الطارئة والخفيفة.

---

(١) **المرض فى اللغة:** هو السقم وبابه طرب - وهو كل ماخرج بالكائن الحى عن حد الصحة والاعتدال من علة أو نفاق ، مختار الصحاح، ص ٦٢١ ، طبعة الاميرية ، المعجم الوسيط، جـ٢ ص ٨٦٣.

ويرى الراغب الاصفهانى: أن المرض نوعان:

الأول: جسمى وهو المذكور فى قوله تعالى: ﴿ولاعلى المريض حرج﴾ سورة الفتح الآية: ١٧.

الثانى: خلقى وهو عبارة عن الرذائل ، كالجهل والجبن والبخل والنفاق وغيرها من الأمور الخلقية.

ومن هنا يتضح أن المرض يطلق فى اللغة على الأمراض الظاهرة والباطنة، المفردات فى غريب القرآن، ص ٤٦٩.

وفى الاصطلاح: هو حال للبدن يزول بها اعتدال الطبيعة ، أو هو عارض يصيب الإنسان ولاينافى الاهلية ، ولكنه يؤثر فى القوى البدنية لمن يصاب به ، كشف الأسرار عن اصول البزدوى، طبعة دار الكتاب العربى، بيروت،. جـ٤ ص ٣٠٧ ، (=)

واشير هنا إلى تأثير كل منهما على حق الحاضن والحاضنة.

أ- تأثير الأمراض المزمنة والخطيرة على احقية الحاضن والحاضنة فى حضانة الولد.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه:

اذا كان الحاضن مريضا بمرض من الأمراض المعدية[١] أو المزمنة[٢] والخطيرة[٣] التى يخاف على الطفل من انتقال العدوى إليه فانه يسقط حقه فى الحضانة.

وقد قيد الشافعية سقوط الحضانة لهذه الأمراض بالمخالطة[١].

فهم يفرقون بين من يباشر الحضانة بنفسه وبين من يدبر أمرها كان يكون عنده من يقوم بأمور الحضانة نيابة عنه.

وقيدها بعض المالكية بالايكون المرض خفيفا فقالوا «ان خفيف الجذام والبرص مغتفر وفاحشهما مانع من الحضانة»[٥].

وفى المذهب الحنفى: حسب ماوقع تحت يد من كتبه لايشترط فى

(=) شرح المنار وحواشيه لابن ملك دار سعادت - مطبعة عثمانية، ص ٩٦١ ، حاشية الرهاوى على المنار، ص ٩٦١.

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى، جـ٢ ص ٥٢٨ ، بلغة السالك، جـ٢ ص ٣٣٥ ، القوانين الفقهية، ص ٢١٨ ، حاشية الباجورى، جـ٢ ص ١٩٧ ، اسنى المطالب، جـ٣ ص ٤٤٨ ، مواهب الجليل، جـ٤ ص ٢١٦ ، مغنى المحتاج، جـ٣ ص ٤٥٦ ، نهاية المحتاج، جـ٧ ص ٢٣٠ ، كشاف القناع، جـ٣ ص ٣٢٨.

(٢) كالجذام والبرص.

(٣) كالشلل والسرطان والقلب.

(٤) نهاية المحتاج، جـ٧ ص ٢٣١.

(٥) حاشية الدسوقى، جـ٢ ص ٥٢٩ ، التاج والإكليل، جـ٤ ص ٢١٦ ، تفسير القرطبى، جـ٣ ص ١٦٥.

الحاضنة أن تكون خالية من الامراض المعدية مثل البرص والجذام.

غير انه لما كان مدار الحضانة هو مصلحة المحضون ، فان هذه المصلحة تحتم الا تحضنه حاضنة مصابة بأحد الأمراض المعدية ، لأن احتمال انتقال العدوى إلى الصغير وارد للمخالطة بين الحاضنة والمحضون. وفي هذا ضرر بالغ به ولم تشرع الحضانة لجعل الصغير في اماكن الضرر.

والواقع أن هذه الأمراض المعدية تمنع من استحقاق الحضانة ابتداء أو استمرارا حفاظا على صحة وحياة المحضون الا عندما تكون حضانة المرأة المريضة للصغير لابنفسها ولكن بغيرها من النساء.

كما يهدف الشافعية من خلال قيدهم الذى اشترطوه. ومضمونه التفرقة بين من يباشر الحضانة بنفسه وبين من يدبر أمرها عن طريق غيره.

أما القول بعدم تأثير الخفيف من هذه الأمراض كما يرى بعض المالكية فانه غير سليم من الناحية الطبية لأن العدوى تنتقل إلى الصغير سواء كثرت أو قلت ، حتى ولو كان المحضون مريضا بمرض مثله لأنه بالانضمام إليه قد تحصل له زيادة فى المرض.

فلا تصح الحضانة للمريض بمرض يعجز عن القيام بمصالح الصغير[١]، أو لمن كان مريضا مرضا معديا[٢].

لما روى عن النبى - ﷺ- أنه قال: «لايورد ممرض على مصح»[٣].

أى لايقدم ولايعرض من أصابه المرض على الصحيح حتى لاتنتقل إليه

---

(١) فيشترط سلامة الحاضن من «الم» مشغل كفالج «نوع من الشلل»: «أى تباعد مابين قوسيه أو يديه أو اسنانه أو انقلاب القدم على الوحش أى الجهة اليمنى وزوال الكعب» ، المنجد، ص ٥٩٢ ، ٥٩٣.

(٢) حاشية الدسوقى، جـ٢ ص ٥٢٨ ، مغنى المحتاج، جـ٣ ص ٤٥٦ ، كشاف القناع، جـ٥ ص ٤٩٩.

(٣) صحيح مسلم، جـ٢ ص ٣٠.

عدوى المرض.

وقوله - ﷺ- بشأن الطاعون: «فاذا سمعتم به بأرض فلا تقدموا عليه ، واذا وقع بأرض وأنتم بها فلا تخرجوا منه»[1].

* كما أن المريض قد يشغله مرضه عن رعاية المحضون والنظر فى أمره[2]. فيعجز عن القيام بالحضانة.

* ولأن المرض قد يعوق الحاضن عن الحركة ومباشرة الأعمال بنفسه خاصة اذا لم يكن عنده من يستعين به على حضانة الطفل.

فالمرض المنهك للقوى يمنع الإنسان من القيام بشؤون نفسه فكيف يسند إليه القيام بشؤون غيره.

وبالنسبة لمرض الحاضنة النفسى يرى الأستاذ الدكتور محمد شعلان استاذ الطب النفسى فى تقرير خطى له:

لايحتاج الطفل من أمه أن توفر له الأمومة المثالية ، بل يكفيه منها ماعبر عنه المحلل النفسى البريطانى المعروف ديفيد وينيكوت بالأمومة المعقولة **Good enoygh mothering** ، ولذا لايجب أن نعرض الأم الطالبة لحضانة وليدها لمقاييس متشددة فى الصحة النفسية. ومن هذه المقاييس رغبتها المخلصة ، غير المغرضة فى حضانة وليدها. ففى السنوات «الخمس» الأولى يمكن أن يشبع الطفل أغلب احتياجاته عن طريق أمه مع وجود درجة محدودة من تواجد الأب. فهو اساسا يريد أن يطعم من جوع ويؤمن من خوف. والأم تستطيع أن توفر ذلك بارضاعه «طبيعيا إن أمكن» مع ماتقدمه مع الرضاعة من مناغاة وهدهدة تشكل له أول درس فى علاقة الحب بين الذات والموضوع. وتنتقل بعد

---

(١) صحيح مسلم، جـ٢ ص ٢٦.

(٢) حاشية ابن عابدين، جـ٣ ص ٥٥٦ ، حاشية البرماوى، ص ٣٥٨ ، كشاف القناع، جـ٣ ص٣٢٨.

ذلك إلى تعليمه المشى والكلام والتعامل مع آخرين غيرها. عند ئذ يحتاج الطفل إلى صورة للأب حتى يشكل حولها تصوره لذاته: أهو ذكر أم أنثى. وعادة يتنافس الطفل مع الأب أو الأم من نفس الجنس على حب الطرف الآخر.

وبالتالى فالعبرة فى الحكم على لياقة الأم لحضانة الطفل ليست بالضرورة مرتبطة بتشخيص المرض ولكن بتقييم قدرة الأم بغض النظر عن نوعية المرض على توفير الأمومة المعقولة التى أشرنا إليها. فتشخيص الفصام أو الذهان أو الأمراض العضوية العصبية أو التخلف العقلى بوجه عام مثلا قد يبدو للوهلة الأولى أشد بأسا من تشخيص العصاب بوجه عام. ولكن العبرة هنا لاتكون بالتشخيص لما هو مرضى فى الأم ولكن لتقييم لما هو صحى بعد حذف الأعراض التى سار من الممكن التحكم فيها بالوسائل العلاجية المختلفة.

ويمكن تلخيص التشخيص لما هو صحى فى كلمتين: الحب والعمل. هل هى قادرة على تكوين علاقات مع آخر كموضوع أم هل بلغت بها النرجسية «الإنغماس فى الذات» التى تمنعها من رؤوية الآخر كموضوع حب مستقل له كيانه الخاص؟ إذا كانت الإجابة بالنفى فانها غالبا سوف تعوق نموه وتمنعه من تكوين كيانه المستقل. وإذا كانت غير قادرة على العمل بما يجعلها تشعر أن لها كيان وقيمة فى المجتمع «حتى لو تركز هذا العمل فى رعاية وتربية وتثقيف الطفل» فهى ليست كفؤ لأن ترعى الطفل».

إلا أن للمرض نوبات «وخاصة مرض الاضطراب الوجدانى الثنائى القطب Bipolar Affective Disorfer وقد تكون الأم غير كفؤ فى أثناء النوبة الحادة ولكن كفؤ بين النوبات. وكذلك فى بعض نوبات الفصام. أما التخلف العقلى والأمراض العصبية الدماغية فالأمر يتوقف على درجة الإعاقة.

وكذلك لاحضانة للمريض الذى يحتاج إلى وقت طويل للعلاج لأنه مشغول بأمور نفسه.

والمراد بالمرض المانع من الحضانة هنا:

هو المرض المنهك للقوى الذى يعجز صاحبه عن القيام بالحضانة لأن المرض المنهك للقوى يمنع الإنسان من القيام بشئون نفسه فكيف يسند إليه القيام بشؤون غيره .

وجاء فى فتوى لدار الافتاء المصرية:

«واذا لم يكن لام ام الأولاد حق فى حضانتهم لانعدام قدرتها على حفظ المحضون وتربيتهم وقد اشترط فى الحاضنة أن تكون قادرة على تربية الأولاد وحفظهم. واذا لم يكن لها حق فى الحضانة كان الحق لمن يليها فى الحضانةاذا توافرت شروط الحضانة فيها»[١].

ويرجع فى تقدير مدى خطورة المرض وكونه معديا إلى رأى أهل الخبرة من الأطباء[٢].

فان كان المرض مانعا من مباشرة الحاضن للمحضون يكون مانعا من الحضانة وذلك مثل الجذام والبرص ، والسل وذلك لما فى الحضانة فى تلك الحالة من خطر محقق على المحضون فى مخالطة الحاضن. لاحتمال انتقال العدوى إليه.

وفى حكم لمحكمة اسوان الشرعية:

جاء فيه «بالرجوع إلى كتب المذهب تبين أنها لم تشترط فى الحاضنة سلامتها من الأمراض المعدية ، انما أوجبت توافر جملة صفات ترجع فى حقيقتها إلى المحافظة على مصلحة الصغير وتوفير راحته وصحته من نحو عقل الحاضنة وامانتها وقدرتها على التربية وعدم زواجها بأجنبى ، قادرة على خدمة

---

(١) فتوى صادرة بتاريخ ٢٦ مايو سنة ١٩٤٢.

(٢) الأحوال الشخصية، أ.د. محمد الحسينى حنفى، الطبعة الرابعه، دار الفكر العربى، ١٩٦٥، سنة ١٩٦٦م، ص ٦٨١.

المحضون ولاشك أن سلامتها من الأمراض المعدية ليست أقل من هذه الشروط وجوبا ان لم تكن أولى منها بالرعاية على أن المريضة بمرض معدى وان كانت قوية قادرة على خدمة المحضون فهى فى حكم العاجزة اذ يجب لحفظه أن تبعد عنه وذلك يسقط حقها فى الحضانة»[1].

---

(١) حكم محكمة اسوان الشرعية بتاريخ ١٩٣٨/٥/٢٥ ، فى الدعوى رقم ٢٣٤ لسنة ١٩٣٧، وقد ورد ذكره فى موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية مستشار محمد عزمى البكرى، ص ٥٧٨ ، مجلة المحاماة الشرعية السنة التاسعة، ص ٥٥١ . أ . م . ج.

المطلب الثانى

وجود عاهــــــة

تمهيد:

عاهات مشهورة بتأثيرها على قدرة الحاضن أو الحاضنة فى القيام بمصالح الصغير أو الصغيرة مثل العمى وعدم السمع «الأطرش» والشلل ، فهل الاصابة بأحد هذه العاهات يمنع من استحقاق الحضانة .

أو بمعنى آخر هل يجوز أن تكون الحاضنة أو الحاضن أعمى أو أصم أو أخرس ولكن عنده من يخدمه ويكفيه وبالتالى يخدم المحضون معه.

بالنظر فى اقوال الفقهاء أجد أنهم قد اجمعوا على اشتراط الكفاءة فى الحاضن:

وذلك يعنى القدرة على القيام باعباء الحضانة ، وذلك كما هو ثابت فى حق الأعمى فى الحضانة.

فقالوا: «إن امكنه حفظ المحضون كان أهلا ، وإن لم يمكنه ذلك لايكون اهلا للحضانة».

وهذا يتطلب بيان تأثير كل عاهة من هذه العاهات على حق الحضانة فى ثلاثة فروع كما يلى:

الفـرع الأول: العمى.

الفرع الثانى: فقد حاسة السمع «الأطرش».

الفرع الثالث: الشلل.

الفرع الأول

العمـــــــى

* ذهب الحنفيـة إلى انه اذا امكن الأعـمى حـفظ المحـضـون كـان أهلا للحضانة. وان لم يمكنه حفظ المحضون ورعايته لايكون اهلا لها.

وقد جاء فى حاشية ابن عابدين: ...

«وهل يشترط كونها بصيرة ، وحضانته ورؤيته لما اشتراه بالوصف ، وينبغى أن يكره ذبحه ، أو حضانته فان امكن حفظ المحضون كان أهلا للحضانة والا لا»[1].

وقد افتت دار الإفتاء المصرية بأن: ...

«المنصوص عليه شرعا أن فقدان الأم المذكورة لبصرها لايمنع من حضانتها لابنها المشار إليه مادامت قادرة على تربيته والمحافظة عليه ، لأن المدار فى حق الحضانة على مصلحة الصغير وحده ، فمتى وجدت مصلحته وجد معها حق الحضانة فاذا فرض ان فقدان هذه الأم لبصرها يحول دون رعايتها مصلحة ابنها والمحافظة عليه لم تكن اهلا لحضانته ، وانتقل هذا الحق لمن يليها فيه شرعا وهى الجدة لأم لأنها مقدمة على الجدة لأب»[2].

وذهب المالكية: إلى أن العمى يمنع من استحقاق الحضانة لأن المصاب به لايقدر على الوفاء بواجبات الحضانة لانه لايقوم بمصلح نفسه فكيف يقوم بمصلحة غيره ألا أن يكون عنده غيره من يحضنه[3].

وعند الشافعية: لاتثبت الحضانة للعاجز الذى فقد حاسة البصر اذا

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٢ ص ٦٧٧ ، الاشباه والنظائر، لابن نجيم، ص ٣١٤ ، وايضا حكم محكمة كفر الشيخ الشرعية فى ١١ ابريل سنة ١٩٥٠.

(٢) فتوى صادرة بتاريخ ١٩٥٨/٤/٣م ، فى الطلب رقم ٦٤٩ ، لسنة ١٩٥٨م.

(٣) البهجة، جـ١ ص ٤٠٧ ، حاشية الدسوقى، جـ٢ ص ٥٢٩.

كان يباشر امور الحضانة بنفسه.

وتصح عندهم حضانة الأعمى أن وجد من يباشر أحوال المحضون نيابة عنه[١].

وعند الحنابلة: يعتبر العمى من موانع الحضانة.

بل تشددوا وجعلوا من موانع الحضانة ايضا أن تكون الحاضنة ضعيفة البصر ، لأن ضعف البصر يمنع من كمال مايحتاج إليه المحضون[٢].

وأرى أنه يجب النظر إلى العمى كأى مرض من الأمراض ، فاذا كان الحاضن قادرا على الحضانة رغم فقده البصر فانه يكون اهلا لها ، واذا لم يكن قادرا عليها ، فلايكون اهلا لها والامر فى ذلك متروك لتقدير القاضى.

موقف القضاء من الحاضنة العمياء:

١- قضى بأن: «القدرة على الحضانة مناطها أن تكون فى حالة تستطيع معها أن تقوم على رعاية الصغير وحضانته ولايشترط لذلك أن تكون بصيرة فان العمى ليس من شأنه منع الحاضنة من واجب الحضانة ومن ثم فان العمى بداته ليس مانعا من الحضانة»[٣].

٢- وقضى بأنه: «اذا كان الزوج قد تزوج بزوجة وهى كفيفة ولم ير فى ذلك مايمنع زواجه بها والجابه منها ورعايتها لابنيهما أثناء غيابه عن المنزل فى العمل فلا يجوز له بعد ذلك أن يدعى عدم صلاحيتها للحضانة -ذلك أن الأصل هو صلاحية الحاضنة- والكفيفة اهل للحضانة ان امكنها حفظ

---

(١) حاشية الباجورى، جـ٢ ص ١٩٧ ، اسنى المطالب، جـ٣ ص ٤٤٩ ، نهاية المحتاج، جـ٧ ص ٢٣٠.

(٢) كشاف القناع، جـ٥ ث ٤٩٩ ، وقد حكمت بذلك محكمة كفر الشيخ الشرعية، فى ١١ ابريل سنة ١٩٥٠ ، المحاماة الشرعية، س ٢١ ع ٧-٨ ، ص ٤٣٣ / ٨٥.

(٣) محكمة المنيا الكلية، الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٩٥٧م ، بتاريخ ١٩٥٧/١/٩م.

المحضون»[1].

واذا كانت بعض أحكام المحاكم قد ذهبت إلى أن العمى فى ذاته أمارة على العجز ، وانه يتعين على القاضى الحكم بعدم اهلية العمياء للحضانة مطلقا . فليس ذلك صحيحا والا لنص الفقهاء على اشتراط كون الحاضنة بصيرة ، ولم يذكر فى الفقه شرطا كهذا وما جاء فى بعض كتب الفتاوى من عدم أحقيتها فى الحضانة فهو فتوى بخصوص مسألة معينة استشعر فيها عجز هذه العمياء وليست حكما عام يطبق على كل عمياء[2].

الرأى الراجح:

أرى أن الرأى الراجح فى مسألة فقد الحاضنة للبصر هو ما أفتت به دار الإفتاء المصرية حيث جاء فى هذه الفتوى: «أن المنصوص عليه شرعا أن فقدان الأم لبصرها لايمنع من حضانتها لابنها مادامت قادرة على تربيته والمحافظة عليه، لأن المدار فى حق الحضانة على مصلحة الصغير وحده ، فمتى وجدت مصلحته وجد معها حق الحضانة. فاذا فرض وأن فقدان هذه الأم لبصرها يحول دون رعايتها مصلحة ابنها والمحافظة عليه لم تكن أهلا لحضانته ، وانتقل هذا الحق لمن يليها فيه شرعا وهى الجدة لأم ، لأنها مقدمة فيه على الجدة لأب[3].

---

(١) محكمة الاسكندرية الابتدائية، الدعوى رقم ٥٩٦ لسنة ١٩٦٤ ، كلى مستأنف بتاريخ ٢٧/١٠/١٩٦٤م.

(٢) حكم محكمة امبابة الشرعية فى ٢٤ ابريل سنة ١٩٤٤ ، المحاماة الشرعية س ١٥ ع ٨ ، ٩، ص ٢٧ / ٧٥.

(٣) الفتاوى الإسلامية / المجلد الخامس، سنة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، ص ١٩٥١م.

الفرع الثانى

فقد حاسة السمع

الاطرش . الاخرس

من العاهات التى تجعل صاحبها عاجز عن النهوض بما يحقق الهدف من الحضانة «الأطرش» الذى لايسمع و«الاخرس» الذى لايتكلم.

وقد اشترط المالكية عدم الصمم والخرس لاستحقاق الحضانة[١].

لأن السمع والكلام لهما من الأهمية الكبرى من حيث مخاطبة الولد ومعرفة احتياجاته.

فالأصم لايسمع كلامه والأخرس لايستطيع افهامه والتحدث معه فيكون كل منهم عاجز عن تلبية طلباته.

فالراجح اشتراط السمع والكلام فى الحاضنة والحاضن لأن الأصم والأخرس لاتتأتى منهم المراقبة والملاحظة بالمعنى المذكور لانه لاسبيل لكل منهما لتلبية طلبات المحضون ومراقبة أمره الا اذا ثبت ان هذه العاهة لاتضر بمصالح الصغير.

الفرع الثالث

الشـــــلل

لاشك أن اصابة الحاضن أو الحاضنة بالشلل فى احدى الساقين أو القدمين مما يؤثر فى الحركة فى حق من يباشر بنفسه يمنع من استحقاق الحضانة. أما إذا وجد عند الحاضنة من يقوم بخدمة المحضون نيابة عنها . فلا تمنع من استحقاق الحضانة ويباشرها غيرها نيابة عنها وتحت اشرافها.

---

(١) البهجة، جـ١ ص ٤٠٧ ، حاشية الدسوقى، جـ٢ ص ٥٢٩.

المطلب الثالث

الســـــن

يرى جمهور الفقهاء أنه لاحضانة لمن لاقدرة له على صيانة المحضون كمسنه أقعدها السن عن القيام بشئون المحضون إلا أن يكون عندها من له القدرة على الحضانة[1].

والمراد هنا الشيخوخة التى تؤثر فى القيام بواجبات الولد وحفظه ويترك أمر تقديرها للقاضى.

لأن من حكمة الله سبحانة وتعالى فى الخلق أن خلق الإنسان من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد قوة ضعفا وشيبة.

قال تعالى: **﴿الله الذى خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد قوة ضعفا وشيبة يخلق مايشاء وهو العليم القدير﴾**[2].

ولما كان الصغير فى حاجة إلى من يقوم برعايته وخدمته ومن المعلوم أن تقدم الانسان فى السن يجعله ضعيفا ومن ثم فان السوالا يطرح نفسه.

هل يشترط فى الحاضنة والحاضن سن معينة؟.

واذا كان الحاضن كبير فى السن لكن عنده من يخدمه ويخدم معه الصغير فهل يصلح للحضانة؟.

(١) حاشية ابن عابدين، ح(٣ ص ٥٥٥ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقى، جـ٢ ص ٥٢٨ ، الشرح الصغير، جـ٣ ص ٦٥.

(٢) سورة الروم الآية ٥٤.

بالنسبة للاستفهام الأول:

جاء فى حكم لمحكمة بندر المنيا للأحوال الشخصية «نفس»[١].

«يشترط فى مستحق الحضانة أن يكون لديه القدرة على القيام بمطالب المحضون من حفظه والقيام على مصالحه ، فلاحضانة لمن تقدم به السن لدرجة عدم القدرة على القيام بشأن نفسه وكذلك من اخفقه المرض الشديد ومنعه من القدرة على رعاية نفسه».

وبالنسبة للاستفهام الثانى فقد ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه اذا كان عند الحاضنة من يخدمها ويخدم معها الصغير جاز لها استحقاق الحضانة.

ولكى نصل إلى رأى راجع فى هذا الموضوع يتفق وقواعد العدالة ويتمشى مع روح الشريعة الإسلامية.

يجب أن نفرق بين عدة أمور:

أ- بين الحاضن الذكر والحاضنة الأنثى.

ب- بين الحاضن أو الحاضنة الذى يباشر امور المحضون بنفسه ومن يباشرها عن طريق غيره.

فأما من ناحية التفرقة بين الحاضن الذكر والحاضنة الأنثى فمن المعروف أنه اذا آلت الحضانة إلى الحاضن فانه يباشر امور الولد المحضون عن طريق غيره.

مثل والدته أو اخته أو زوجته أو «خادمة» أو «جليسة أطفال»[٢] أو يعهد بها إلى دار حضانة متخصصة ، تتولى رعاية المحضون تحت اشرافه.

أما اذا كانت الحاضنة انثى فالحال لايخلو إما ان تقوم برعاية الولد

---

(١) الدعوى رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٧م فى ١٩٨٨/٦/٢٧م.

(٢) وهذا شرط من الشروط الواجب توافرها فى الرجال لاستحقاق الحضانة.

بنفسها واما أن تباشر اموره عن طريق اخرى.

وفى الحالتين يجب أن تكون الحاضنة قادرة على حفظ ورعاية المحضون.

فلاحضانة لعاجز عنها لأن الولد فى حركاته وسكناته لو لم يكن ملحوظا من مراقب لايسهو ولايغفل عنه لاشك أنه سيهلك ومن ثم فلا حضانة لمسن عاجز لايقدر على مهام الحضانة.

وبالتالى لايستطيع القيام برعاية المحضون ، فالحكمة من الحضانة رعاية المحضون والعلة تدور مع المعلول وجودا وعدما.

ولاحضانة لكبير فى السن أو مقعد لعجزه عن تربية الصغير وصيانته والقيام بشئونه.

ولاحضانة كذلك للمريضة التى لاتخلو من الامراض المعدية والضارة لأنه يخشى على المحضون من العدوى بالمخالطة.

وأرى أن ذات المرض المنهك تلحق بالمشلولة والمقعدة أما المرض المعدى فيفضل الانتقال إلى حاضن أو حاضنة اخرى حفاظا على المحضون لأن الضرر هنا مؤكد والقاعدة الشرعية هى أن «الضرر يزال».

ويستوى فى ذلك المرض الشديد والخفيف ما دام المرض فى الأصل معديا ويرجع فى ذلك إلى أهل الخبرة من الأطباء تطبيقا لقو رب العالمين: ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لاتعلمون﴾[١].

مع ترك التأكد من وجود الإمكانات لدى الحاضن أو الحاضنة لرعاية الصغير للقاضى يفصل فيها حسب كل حالة.

(١) سورة النحل الآية: ٤٣.

لأن الولاية على النفس ذاتها مقيدة بتحقيق مصلحة الولد فاذا انتفت المصلحة زالت الولاية على النفس[١].

فقد جاء فى حكم لمحكمة العطارين: ...

«ولاية الأب على الصغير مقيدة بتحقيق مصلحته شرعا واذا تعارض حق الصغير من وجوب المحافظة عليه ودفع الضرر عنه ، مع حق ابيه فى ضمه إليه، وجب على القاضى بما له من الولاية العامة رعاية حق الصغير تحقيقا لارجح المصلحتين»[٢].

وفى حكم آخر: ...

نص الفقهاء على أن ولاية الأب ثابتة فى النفس والمال جميعا ومن بعده تكون فى النفس للعصبة بترتيب الارث وفى المال لوصيه ثم للجد ووصيه ثم للقاضى العام.

وقالوا أن ولاية الأب مقيدة بالنظر والمصلحة فاذا لم تحقق مصلحة الصغير زالت ولاية الأب فى النفس وفى المال جميعا ومن مسائل سلب الولاية فى النفس «العضل» التى يستقل فيها القاضى بتزويج الصغيرة اذا عضل الأب وأبى أن يزوجها للكفء وبمهر المثل.

وأما سلب الولاية فى المال فان الذى يمثل القاضى فيها الآن المجلس الحسبى ومنها ماورد فى البدائع أن الأخوة والاعمام لو كانوا غير مأمونين على نفس الصغيرة أو مالها لاتسلم إليهم المحضونة ، وينظر القاضى امرأة ثقة عادله امينة فيسلمها اليه إلى أن تبلغ[٣].

---

(١) حكم محكمة العطارين، ٢٩٥ / ٤٨ ، فى ١٩٤٨/٤/٢٠م، ت س م ش ٢٠ / ٢٤٠.

(٢) حكم محكمة المنيا، فى ١٩٥٤/٥/١٦ ، ١٤٠ / ٥٣ م ش ٢٤ / ٣٧٠.

(٣) حكم محكمة عابدين رقم ١٨٧ / ٣٤ ت ش فى ١٩٣٥/١٠/١٩م ، م ش ٧/ ٢٣٠.

وعموما فقدرة الحاضنة على الحضانة أو عدمها متروك لقاضى الموضوع لكونها مسألة تقديرية يستطيع من خلال حكمه أن يحقق مصلحة المحضون أو المحضونة[١].

ويمكنه أن يستعين برأى الخبراء فى مجال الطب وعلماء الإجتماع.

وأرى أن الاصل هو سلامة الانسان وقدرته على القيام بواجبات الحضانة إلى أن يثبت العكس.

(١) حكم محكمة مصر الابتدائية فى ٢٤ سبتمبر سنة ١٩٣١ ، المحاماة الشرعية، س ٣ ع ٣ ص ٢٥٤ - ٢٤٦.

المبحث الثالث

الأمـــــــانة

تمهيد وتقسيم:

يتمثل شرط الأمانة[1] على نفس المحضون فى.

أن لايكون فاسقا:

يقول الإمام الماوردى فى تعريف العدالة هى:

«أن يكون الشخص صادق اللهجة ظاهر الأمانة ، عفيفا عن المحارم التى حرمها الله ، متوقيا مايوقعه فى الاثم ، بعيدا عن الريب وسوء السمعة ، مأمونا فى الرضا والغضب ، مستعملا لمرؤة مثله فى دينه ودنياه.

فاذا تكاملت فى الشخص هذه الأمور فهى العدالة التى تجوز بها شهادته وتصح معها ولايته القضاء، وان انخرم منها وصف منع من الشهادة والولاية فلم

---

(١) **الامانة فى اللغة:** من الأمن والأمن ضد الخوف والامانة ضد الخيانة.
مختار الصحاح، المطبعة الأميرية، سنة ١٣٤٥هـ،ص ٤١٧ ،لسان العرب مادة أمن ص١٤٠.
واصطلاحا:
عند الاحناف: «هى أن يكون الانسان بحيث تكون حسانته اكثر من سيئاته»، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - لشيخ زاده، جـ٢ ص ١٨٨ ، فتح القدير، جـ٧ ص ٣٧٥.
وعند المالكية: «هى اجتناب الذنوب الكبائر والتحفظ من الصغائر والمحافظة على المرؤة» قوانين الاحكام، ص ٣٢٣ ، مواهب الجليل، جـ٦ ص ١٥٠.
وعند الشافعية: «هى عدم ارتكاب كبيرة أو اصرار على صغيرة» وقيل: «هى ملكة فى النفس تمنع من قامت به من ارتكاب كبيرة أو اصرار على صغيرة»، كفاية الأخبار، جـ٢ ص ٢٧٦ ، مغنى المحتاج، جـ٤ ص ٤٢٧ ، حاشية قليوبى على المحلى - طبعة صبيح، جـ٤ ص ٣٢١.
وعند الحنابلة: «هى استواء احوال الشخص فى دينه واعتدال اقواله وافعاله» كشاف القناع، جـ٦ ص ٤١٨.
وعند الظاهرية: «من لم تعرف له كبيرة ولامجاهرة بصغيرة والكبيرة هى ما سماها رسول الله -ص- كبيرة أو جاء فيها الوعيد ، والصغيرة هى مالم يأت فيها وعيد». المحلى، جـ٩ ص٣٩٣.

يسمع له قول ولم ينفذ له حكم[١].

ولما كانت الحضانة نوع من أنواع الولاية:

فان شرط العدالة من الشروط الهامة التى يجب توافرها فى الحاضن أو الحاضنة لكى يكون الولد المحضون فى أيد امينة تضمن للطفل مستقبل آمن وحاضر سعيد.

ولكى تتحقق العدالة فى الحاضن أو الحاضنة يلزم اتصافهما بأمرين:

الأمر الأول: الصلاح فى الدين وهو نوعان:

الأول: أداء الفرائض بسننها الراتبة ولاتقبل شهادة من داوم على ترك الرواتب ، فان شهادته بها يدل على عدم محافظته على أسباب دينه ، وربما جره التهاون بها إلى التهاون بالفرائض.

والثانى: اجتناب المحرم ، لأن من أدى الفرائض ، واجتنب المحارم ، عد صالحا عرفا ، فكذا شرعا ، فلايرتكب كبيرة ولايصر على صغيرة.

لأنه لايخلو من ذنب ما ، لقوله تعالى: ﴿الذين يجتنبون كبائر الإثم والفواحش إلا اللمم﴾[١].

ففى هذه الآية الكريمة الحق سبحانه وتعالى يمدحهم لاجتنابهم ماذكر وأن وجدت منهم الصغيرة.

الأمر الثانى: من أوصاف العدالة هو:

استعمال المرؤة بفعل مايجمله ويزينه عادة ، كحسن الخلق والسخاء وبذل الجاه وحسن الجوار ونحوه ، وترك مايدنسه ويعيبه عادة من الأمور الدنيئة المزرية به[٣].

---

(١) الأحكام السلطانية، ص ٦٦.

(٢) سورة النجم الآية: ٣٢.

(٣) كشاف القناع، جـ٦ ص ٤١٨.

فمن لم يلتزم بهذين الأمرين يكون فاسقا.

والأمانة مضادة للخيانة ...

لأن الامانة حقوق مرعية أودعها الله المكلفين وائتمنهم عليها وأوجب عليهم تلقيها بحسن الطاعة والانقياد وأمرهم بمراعاتها والمحافظة عليها وأدائها بغير اخلال بشئ من حقوقها.

ومن المعلوم أن من حقوق المحضون على الحاضن القيام برعايته رعاية تامة وتربيته تربية صالحة.

وقيام الحاضن بارتكاب المحرمات كأن يكون سارقا ، أو شاربا للخمور مشتهرا بالزنا أو باللهو المحرم لاشك يتنافى مع التربية الصالحة.

وتفريط الحاضن فى اداء الفرائض فيهمل فى الصلاة أو لايصوم رمضان أو لايخرج زكاة ماله أو لايؤدى فريضة الحج عند الاستطاعة.

وكذلك اذا اتصف بصفة من الصفات التى لاتجعله من أهل المرؤة كسوء الخلق أو البخل أو لايحسن إلى جارة ونحو ذلك.

كل هذا يمكن وصفه به بالفسق.

لأن عدم قيام الحاضن برعاية المحضون رعاية تامة أو تفريطه فى تربيته وانشغاله عنه بعمل آخر خيانة للامانة.

لأن عدم رعاية المحضون والانشغال عنه بعمل آخر فيه ضياع له وضياع المحضون اكبر خيانة[1].

وقد اتفق الفقهاء على أنه يشترط فيمن يتولى الحضانة أن يكون أمينا.

---

(١) عند الحنفية: «لايضيع الولد عندها باشتغالها عنه بالخروج من منزلها كل الوقت وكذلك اكثر الوقت لأن الغالب حكم الكل».

لكنهم اختلفوا فى تفسير المقصود بالأمانة.

فالبعض فسرها بعدم الفسق ، والبعض الآخر فسرها بوجوب تفرغ الحاضنة لرعاية المحضون[١].

والأمانة سواء كانت معناها عدم الفسق أو التفرغ لرعاية المحضون فهى تشمل الأمانة على نفس الولد وماله والمكان الذى يقيم فيه.

وبناء على ذلك فالحديث فى هذا المبحث يتضمن هذه الموضوعات فى مطلبين.

المطلب الأول: أن يكون الحاضن أمينا على نفس المحضون وماله.

المطلب الثانى: ألا يكون الحاضن مهملا فى امور الحضانة.

المطلب الأول

ان يكون الحاضن امينا على نفس المحضون وماله ومكان اقامته

أريد هنا الاجابة على سؤال هام خاصة هذه الأيام وهو هل ارتكاب الحاضن أو الحاضنة أمرا من الأمور التى تجعله فاسقا أو متصفا بصفة من الصفات التى تخل بالمرؤة عنده يسقط حقه فى الحضانة.

ويتضمن هذا المطلب ثلاثة فروع:

الفرع الأول: هل الفسق يمنع من استحقاق الحضانة.

(١) جاء فى كتاب الوجيز لأحكام الاسرة فى الإسلام للاستاذ الكبير/ محمد سلام مدكور، ص ٤٨٠: «ويقصد الفقهاء بالأمانة هنا فى باب الحضانة الاستقرار فى المسكن الذى به الصغير وعدم الاكثار من الخروج».

الفرع الثانى: الامانة على مال المحضون.

الفرع الثالث: الأمانة على مكان أقامة المحضون.

الفرع الأول

هل الاتصاف بالفسق يمنع من الحضانة

اختلف الفقهاء فى ذلك على أربعة أقوال هى:

القول الأول:

وهو لجمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والزيدية والامامية والاباضية[1].

أن الفسق مانع من الحضانة مطلقا مع تفصيل بسيط عند بعضهم.

فعند الشافعية: «أن الفاسقة بترك الصلاة لاحضانة لها» وضرب المثل هنا بالصلاة لأنها تظهر امانة الشخص ، فعندهم اذا كان الحاضن مستور الحال من ناحية الامانة فانه يستحق الحضانة.

وعند المالكية: «لاحضانة لسكير أو مشتهر بالزنا أو اللهو الحرام» أى يشترط لاسقاط الحضانة عن الحاضن أن يشهر بفسقه فاذا لم يحدث الفسق على سبيل الاشتهار فانه لايسقط حق الحضانة.

---

(١) الأم، جـ٥ ص ٨٣ ، نهاية المحتاج، جـ٦ ص ٢٧٣ ، المدونة الكبرى، جـ٥ ث ٣٩ ، حاشية الدسوقى، جـ٢ ص ٤٨٩ ، كشاف القناع، جـ٣ ص ٣٢٨ ، المغنى والشرح الكبير، جـ٩ ص ٢٧١ طبعة دار الغد ، وجاء فى التاج المذهب عند الزيدية، جـ٢ ص ٢٦٩ مانصه: «إن الحضانة تنتقل إلى الحاضن التالى بالفسق الطارئ لا الأصلى فلا ولاية لها رأسا ولافرق عندنا بين فسق وفسق سواء كان بالزنا أو بغيره ولافرق بين ان يبلغ الصبى حدا يلتقط فيه الكلام ويتخلق بأخلاق تلك الحاضنة أم لا» ، النهاية للطوس، جـ٢ ص ٥١٤ ، شرح النيل، جـ٧ ص ٤٠٩.

وعند الإمامية: يشترط فى المرضعة أن تكون امرأة مسلمة عفيفة واعتقد أن الحضانة لاتقل أهمية عن الرضاعة بل هى أشد أهمية ومن ثم فيشترط هذا الشرط فى الحاضنة.

القول الثانى:

وهو لابن القيم من الحنابلة[١]: «انه لاتأثير للفسق على استحقاق الحضانة».

القول الثالث:

وهو لبعض الحنفية[٢]، وقد فرقوا بين أنواع الفسق من حيث الأثر المترتب عليه فاذا ترتب على فسق الحاضن أو الحاضنة ضياع الولد فهو فسق مسقط للحضانة واذا لم يترتب عليه ضياع الولد فانه ليس فسق.

ولم يبين هؤلاء الفقهاء الأحوال التى يضيع فيها المحضون -عند حاضنته وتركوا ذلك لفطنة القاضى وتقديره فى حدود مايقضى به الشرع.

القول الرابع:

وهو للحنفية ومعهم ابن حزم الظاهرى[٣]، وقد فرقوا بين مرحلتين من حياة الطفل.

فاذا كان ا لطفل لم يبلغ سن الفهم والتعقل فان الفسق ليس بمانع من الحضانة واذا كان قد بلغ السن التى فيها يفهم معنى الفسق فهنا لايستحق

---

(١) كشاف القناع، جـ٣ ص ٣٢٨.

(٢) المبسوط للسرخسى، جـ٥ ص ٣١٠ ، وجاء بحاشية ابن عابدين، جـ٣ ص ٥٥٧: «والحاصل أن الحاضنة ان كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها سقط حقها والا فهى أحق به إلى أن يعقل فينزع منها كالكتابة».

(٣) حاشية ابن عابدين، جـ٢ ص ٦٧٧ ، فتح القدير، جـ٣ ص ٣١٤ ، البحر الرائق، جـ٤ ص١٦٧ ، المحلى، لابن حزم، جـ١٠ ث ٣٢٣.

الحاضن الحضانة[1] اذا اتصف بالفسق.

وقد قدر الفقهاء ذلك ببلوغ الصغير سبع سنوات ، أو يخاف عليه أن يألف ماتفعله وان لم يبلغ هذا السن فحينئذ يسقط حقها فى الحضانة مراعاة لصالح الصغير الذى يخشى عليه من أن يتعلم منها الفجور فيشب مستمرئا الرذيلة دارجا عليها.

الأدلـــة:

استدل أصحاب القول الأول:

على أن الفسق مانع من الحضانة.

بأن الفاسق غير موثوق به فى أداء الواجب من الحضانة ولاحظ للمحضون فى حضانته لأنه ينشأ على طريقته فى الحياة فاسقا مثله كما أن الحضانة ولاية ولا ولاية لفاسق[2].

لأن ا لفاسق غير أمين على نفسه فكيف يكون امينا على غيره.

فرب أب شريب خمر يأتى بقرنائه فى الشرب إلى بيته ليشربوا الخمر فيه معا فيدخلون على ابنته المحضونة فلاحظ للولد فى حضانته لأنه ينشأ على طريقته[3].

فلا حضانة لغير الصين خوفا من لحوق المعرة بعدم الصون ولو كان عنده من يحضن[4].

---

(١) وعند الشافعية: «الأم أحق بالولد ولو سيئة السيرة المعروفة بالفجور مالم يعقل ذلك»، الأم، جـ٥ ص ٨٣.

(٢) نهاية المحتاج، جـ٧ ص ٢١٨.

(٣) جاء فى المغنى: «أنه لاحضانة لفاسق لأنه لايوثق به فى أداء الواجب من الحضانة ولاحظ للولد فى حضانته لأنه ينشأ على طريقته».

(٤) الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية، ص ٣٨٩.

وتزول صفة الأمانة عن العاصب الذى يطلب حضانة الأنثى اذا كان يقيم معه أولاد بالغين غير محارم لها لأنه فى هذه الحالة يخشى عليها الفتنة من اقامتها معهم الأمر الذى لايكون فيه مصلحة لها.

والأب المقيم بالخارج ليس له الحق فى طلب ضم ولده المقيم مع أمه داخل البلاد لأن هذا الضم يسقط حقها فى رؤيته(١).

واستدل أصحاب القول الثانى:

بأنه لاتأثير للفسق على حق الحضانة.

* لم يمنع النبى - ﷺ- فاسقا من تربية ابنائه وحضانتهم ، وهكذا فعل الصحابة من بعده(٢).

لأن اشتراط العدالة فى الحاضنة أو الحاضن شرط غاية فى الصعوبة ولو اشترط لاستحقاق الحضانة لضاع معظم الأطفال ولعظمت المشقة على الأمة الاسلامية.

مع أن المتتبع لنصوص المصدرين الأساسيين للتشريع الإسلامى: القرآن والسنة يجد فيهما من النصوص التى تدلنا على التيسير على المكلفين ونفى الحرج عنهم.

* منذ مجئ الإسلام والفساق يحضنون ابناءهم ولايتعرض أحد لهم بانتزاع اطفالهم من احضانهم.

ولو كان الفسق مانعا من استحقاق الحضانة كان من زنا أو شرب الخمر أو أتى كبيرة فرق بينه وبين أولاده الصغار والتمس لهم غيره(٣).

---

(١) حكم محكمة سوهاة الشرعية فى ١٩٤٦/٤/٢٩.

(٢) زاد المعاد، جـ٤ ص ١٣٢.

(٣) زاد المعاد، جـ٤ ص ٩٦٤.

واستدل اصحاب القول الثالث:

على التفرقة بين الفسق المضيع للولد والغير مضيع له.

فاذا كان الحاضن فاسقا يشغله فسقه عن العناية بالصغير مما يترتب عليه الاضرار به سقط حقه فى الحضانة التى هى نفع الولد وتحقيق مصلحته ودفع الضرر عنه.

وإن كان الفسق لايشغله عن رعاية حقوق الصغير فانه يستحق الحضانة.

واستدل اصحاب القول الرابع:

على التفرقة بين ما اذا كان الولد قد بلغ سن الفهم لامور الفسق أم لا وهذا الاتجاه تقييد لمطلق الفسق ومضمونه.

أن الفسق المانع من استحقاق الحضانة هو الذى يخشى منه على الصغير، بأن يترتب عليه ضياعه أو يخشى عليه أن يتخلق بأخلاق أهل السؤ.

فعند هؤلاء اذا كانت المرأة فاسقة وفسقها مما لايترتب عليه ضياع الولد وكان الولد صغيرا لايعقل الفسق لم تسقط حضانتها[1].

فيجوز للفاسق أو الفاسقة أن يحضن الصغير والصغيرة فى مرحلة ماقبل فهمه للفسق طالما أن انحرافهما لايؤدى إى ضياع مصالح الصغير والقيام بشئونه.

أما فى المرحلة الثانية وهى التى كبر الولد فيها واصبح يدرك معنى الفسق ويعى ماحوله ويتأثر به.

ويخشى عليه أن يعتاد سلوك هذه المرأة.

فهنا يسقط حقها فى الحضانة حتى ولو كان الطفل لم يبلغ سن السابعة

(١) جاء فى رد المختار، جـ٣ ص ٥٥٦: «أنه لاحق لها فى الحضانة ان كانت فاجرة فجورا يضيع الولد به كزنا وغناء وسرقة ونياحة».

مراعاة لمصلحة الصغير ومحافظة عليه من التربية السيئة.

وهذا الرأى يقول عنه ابن عابدين انه يتفق مع القواعد العامة فى الحضانة[1].

وقد استقرت بعض أحكام القضاء على هذا الرأى[2].

موقف القضاء المصرى من شرط الأمانة:

وبالنسبة لأمانة الحاضن استقرت أحكام القضاء على أن «المرأة الفاسقة بارتكابها الفاحشة وعلى الأخص الزنا لاتكون أهلا الحضانة أولادها إذا خيف على الصغير أن يألف ماعليه الأم من سيرة فاسدة وان لم يبلغ سبعا، مادام يعقل ما تأتيه أمه اذ الأطفال فى ديارنا يتصورون الأفعال الشائنة ويحسون بها ويذكرون كثيرا من آثارها وهم فى سن الرابعة أو الخامسة».

وأن ...

«مقترفة البغاء ليست أهلا للحضانة شرعا وكان قد ثبت من التحرى ومن شهادة الشهود أن المدعى عليها بغى عاهر تحترف البغاء علنا وبذلك تكون غير امينة على الصغير ويسقط حقها فى حضانتها لمصلحة المحضون لأن احتراف البغاء من شأنه أن يضيع البنت لعدم تفرغ امها لخدمتها كلما الزمت الخدمة، وقد اشترط الفقهاء فى الفسق الذى يمنع الحاضنة أن يترتب عليه ضياع الصغير لم يبينوا الأحوال التى يضيع فيها الصغير والتى لايضع، بل تركوا ذلك لتقدير الحاكم، ومن حيث أن الفساد لم يكن عم فى زمنهم حتى صار البغاء غير ممنوع، ولو كان الحال عندهم كما هو عندنا اليوم لما ترددوا فى

(١) فتح القدير، جـ٣ ص ٣١٤، البحر الرائق، جـ٤ ص ١٦٧.

(٢) حكم محكمة كرموز الشرعية فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٠، وقد تأيد هذا الحكم استئنافيا - المحاماة الشرعية، س ٢ ع ٧ ص ٦٦٧ / ٢٨٩، وحكم محكمة الأزبكيلة الشرعية فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ وهو لم يستأنف، فصار نهائيا، المحاماة الشرعية، س ٤ ع ٨ ص ٧٢٢ - ١٩٧.

سلب العاهر حقها فى الحضانة حرصا على مصلحة المحضون»[١].

كما استقر قضاء النقض على أن سلب الأم أهليتها لحضانة ولدها متى كان لأسباب سابقة فانه يكون من سلطة قاضى الموضوع ولاتجوز اثارته أمام محكمة النقض[٢].

وقضى كذلك بزوال الامانة اذا وجه الأب أولاده إلى حرفة دنيئة لاتتفق وحالته المالية والاجتماعية وعرف زمانه.

إذ ان الأب وان كان حرا فى الذهاب بأولاده كل مذهب فى سبيل التربية والتعليم إلا أنه مقيد فى ذلك بمصلحتهم وحالته وماجرى عليه العرف[٣].

قضت محكمة بندر المنيا الجزئية للأحوال الشخصية «نفس»[٤]:

«وحيث كان ماتقدم وكانت اوراق الدعوى خالية من أى دليل يثبت أن المدعى عليها غير امينة وغير أهل لحضانة صغارها من المدعى ولايقدح فى ذلك ماجاء بأسباب الحكم رقم ٢٣٩ / ١٩٨٤م من أن المدعى عليها سيئة السمعة لأنها سمحت لأجنبى بدخول منزلها اعتمادا على أقوال شاهدى المدعى اللذين قرر أحدهما أن المدعى عليها حسنة السمة ثم عاد وقرر أنها سيئة السمعة ولما كانم المقرر أن الأصل فى الحاضنة الأمانة والأهلية وعلى من يدعى عكس ذلك اثبات ما يدعيه فاذا ثبت من شهادة الشهود أن الحاضنة بغى عاهر تحترف البغاء علنا تكون غير أمينة على الصغير ويسقط حقها فى حضانته لمصلحة المحضون ويشترط فى الفسق الذى يمنع حق الحضانة أن يترتب عليه ضياع الصغير وقد نص الحنفية على أن الفاجرة التى اشتهر فسقها لاتصلح

---

(١) احكام الاسرة فى الفقه الإسلامى، أ.د. محمد محمد فرحات، ص ٥٧٩ ، وحكم محكمة طنطا الشرعية ٣٧١ / ٣٠ فى ١٩٣٠/١٢/١٦ ، المحاماة الشرعية ، السنة ٣ ص ٢٧٠.

(٢) نقض ٣٨ / ٢٦ ت فى ١٩٥٨/٣/٢٧م ، السنة التاسعة، ص ٢٥٩.

(٣) محكمة عابدين الجزئية الشرعية فى ١٩٣٥/١٠/٢٦م.

(٤) صدر هذا الحكم بتاريخ ١٩٨٨/٣/٢٨م.

للحضانة وقد عرف الفقهاء الفاجرة بأنها التى يكون فجورها مضيعا للولد لأنه يخشى أن يتأثر الصغير بهذا السلوك وعلى هذا اذا كان الفسق مستورا غير ظاهر ولايشعر به المحضون ولايترتب عليه اهمال فانه لايسقط حق الحضانة وهذا مااستقر عليه التطبيق القضائى ولما كان ذلك وقد عجز المدعى عن اثبات أن المدعى عليها من محترفات البغاء أو الفسق أو الفجور وأن مجرد دخول شخص منزلها فى وقت مالا يجعل منها عاهرا ويسقط حضانتها للصغار ومن ثم تكون الدعوى على غير اساس من القانون جدير بالمحكمة أن ترفضها »[1].

فقد قضى بأن احتراف المرأة التمثيل والرقص على المسارح مسقط لحقها فى الحضانة شرعا ، ونهى عنه الدين الإسلامى ، فقد أمر الله سبحانه وتعالى النساء بالوقار ، والاقامة فى البيوت ، ونهاهن عن التبرج قال سبحانه وتعالى: ﴿وقرن فى بيوتكن ، ولاتبرجن تبرج الجاهلية الأولى﴾[2].

وبين سبحانه وتعالى ماتكون عليه النساء عند خروجهن من البيوت اذا اقتضت الضرورة ذلك ، قال تعالى: ﴿يا أيها النبى قل لازواجك وبناتك ونساء المؤمنين يدنين عليهن من جلابيبهن وذلك أدنى أن يعرفن فلا يؤذين . . .﴾[3].

والتمثيل والرقص يخالفان هذه الأوامر الألهية كما يخالفان الآداب الحكيمة العالية ، فى شريعة الإسلام ، ولايمكن القول باستقرارها عرفا فى المجتمع لأن العرف فى الشرع لايحل حراما ولايحرم حلالا ، والعرف الفاسد لااعتبار له مهما طال عليه الزمن. كما لايمكن القول بأن الدولة اجازت ذلك لانه لايجوز للدولة المسلمة -تحت أى ظرف أن تقر مالا يتفق وشرع الله جل شأنه ، اذا كنا حقا على هدى الشريعة قائمون وبأحكامها متمسكون[4].

(١) مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية، للمستشار احمد نصر الجندى، ١٩٨٧، ص٣٨٠.
(٢) سورة الاحزاب الآية: ٣٣.
(٣) سورة الاحزاب الآية ٥٩.
(٤) مبادئ القضاء فى الأحوال الشخصية، ص ٤١٨ ، ط ٣ سنة ١٩٨٦م.

وقضى بأن احتراف والدة الصغير التمثيل والرقص مسقط لحقها فى الحضانة لأنهما «أى التمثيل والرقص» ، يخالفان تعاليم الدين الإسلامى السامية ، وآدابه الحكيمة العالية.

ولأن ضم الصغيرة إلى أمها الراقصة يطبع صورا غير لائقة فى ذاكرتها ومخيلتها فى وقت تتعلم فيه عن طريق انطباع المرئيات فى ذاكرتها ، لأن التمييز نوعان: تمييز يدرك فيه الصغير الأشياء ويفهم عللها وأسبابها ، وهذا فى السابعة فما فوقها وتمييز ينطبع فى ذاكرة الصغير فيه المرئيات ويتعلم عن هذا السبيل[١].

وقضى أيضا بأنه لاينفى شرط الأمانة الحكم على الحاضنة منذ زمن طويل بالحبس لارتكابها نصبا وتبديدا لأن الحادثة لم تتكرر ولأن مثل هذه الجريمة على فرض اتصاف الحاضنة بها واعتبارها من الجرائم التى يتوارى صاحبها عن أعين الناس ويرتكبها خفية فانه لايخشى والحالة هذه من تأثر البنت بها ، أو حصول ضرر لها منها.

أما اذا كانت هذه الجريمة تتكرر من الحاضنة واصبح أمر ذلك ذائعا بين الناس ، فانه يخشى من تأثر البنت بها وحصول الضرر لها وينتفى بالتالى شرط الامانة فى جانب الحاضنة[٢].

وقضت محكمة الازبكية[٣]. بسقوط حق الأم فى حضانة أولادها لارتكابها الفاحشة والقضاء بحبسها مع الشغل من أجل ذلك.

وقد جاء فى حيثيات الحكم «ان الحاضنة ان كانت فاسقة فسقا يلزم منه

(١) مستأنف كلى مصر بتاريخ ١٩٤٩/٩/٢٧ ، والقاهرة الابتدائية الشرعية فى ١٩٧٩/١١/٢٠م ، ويراجع فى ذلك موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية مستشار/ محمد عزمى البكرى، طبعة ١٩٩٥، ص ٥٧٠.

(٢) حكم محكمة الخليفة الشرعية فى ١٩٣١/١١/١٤م.

(٣) فى ١٩٢٩/١٢/٣٠.

ضياع الولد عندها سقط حقها وإلا فهى احق به إلى أن يعقل فينزع منها».

وحكمت بذلك أيضا محكمة ميت غمر وجاء حيثيات الحكم.

«أن المنصوص عليه شرعا أن الحاضنة إن كانت فاسقة فسقا يلزم منه ضياع الولد عندها مسقط لحقها فى الحضانة والا فهى أحق به إلى أن يعقل فينزع منها ، وأن بعض الفقهاء وان حددوا السن التى يعقل فيها الصغير بسبع سنين الا أن المشاهد أن الصغير يتأثر كثيرا بما يجرى حوله قبل بلوغ هذه السن على الأخص فيما يشاهد من أفعال شائنة تحيط به»[1].

وقضى بأنه: «لايقدح فى امانة الحاضن حصول اصابة للصغير من الغير خطأ ما دام لم يثبت اهمال من الحاضن أو تقصير وما دام أن مثل هذا الحادث لم يتكرر فان ثبت التكرار والاهمال انتفت الامانة»[2].

وقضى كذلك بأنه: «اذا اعتدى شخص على عفة صغيرة وهى فى طريقها إلى المدرسة فى غفلة من الحاضنة التى سارعت إلى تبليغ النيابة بالحادث وزجت بالمتهم فى السجن ليلقى جزاء فعلته الشنيعة فليس معنى هذا عدم أهليتها للحضانة اذ ليس معنى الحضانة حبس الصغير عند الحاضنة أو ملازمتها له أين سار»[3].

ولاينفى شرط الأمانة عن الحاضنة ارتكابها الفسق مرة واحدة مالم ير القاضى أنه يخشى على الصغير أن يتعلم منها ما تفعله والأمر فى ذلك متروك لتقدير قاضى الموضوع.

الراجـــــح:

أرى رجحان القول الأول ومضمونه: «أن فسق الحاضن أو الحاضنة مانع

---

(١) ، أ.د. محمد على محجوب، ص ٥٣٠.
(٢) حكم محكمة السيدة زينب الصادر بتاريخ ١٩٣٢/٢/٨م.
(٣) موسوعة الفقه والقضاء، محمد عزمى البكرى، ص ٥٧٣.

من استحقاق الحضانة ولكن أرى أن:

* يشترط فى الفسق المؤثر على حق الحضانة أن يشتهر به الحاضن عند الناس فاذا كان فسقه مستورا فيشترط الا يضيع به الولد وذلك لما يلى:

١- أن الانسان باعتبار بشريته خلقه الله سبحانه وتعالى من تراب الأرض: ﴿ونفخ فيه من روحه﴾[1].

فهو ليس مخلوقا ترابيا بحتا ، ولامخلوقا روحيا بحتا ... ولكنه مزاج من المادة والروح : تلاقت احداهما مع الأخرى ، فكان الانسان الذى جعله الله خليفة فى الأرض وقد يتغلب أحد العنصرين على الآخر ... مما يجعل للانسان اتجاها خاصا معينا فى هذه الحياة.

والشيطان الملعون يحاول غواية الانسان وقد يستجيب الانسان له احيانا ويرفض اخرى ولذلك فالحق تبارك وتعالى غمر الانام بالفضل والاحسان ، وتولى بالحلم والامهال من جاهره بالعصيان ، وفتح لمن أناب إليه بالتوبة باب التجاوز والغفران. وذلك الفضل من الله العظيم الجواد العليم.

فاذا أخطأ الانسان وكان هذا الخطأ مستورا وتاب إلى الله سبحانه وتعالى فلا تأثير لهذا الخطأ على استحقاق الحاضن للحضانة لأن حرمان الولد من حضانة مرتكب الخطأ البسيط الذى لايتكرر واسناد حضانته إلى غير ابيه أو أمه قد يؤدى إلى ضرر أشد.

أما اذا تكرر هذا الخطأ من الحاضنة أو الحاضن واشتهر بارتكابه للسرقة أو الزنا مثلا أو كان شاربا للخمر أو كانت المرأة سيئة السمعة والسلوك فانها لاتستحق الحضانة ، وخاصة اذا كان الطفل فى السن التى يعقل فيها مايحدث من حاضنته ويخشى عليه أن يعتاد سلوك هذه المرأة مرعاة لمصلحة الصغير.

---

(١) سورة السجدة الآية: ٩.

لأن المراد بأمانة الحاضنة الا يتعلم المحضون عندها مايخالف شرع الله ويكون ضد نفعه ويؤدى إلى ضياعه.

ولذى فان تحقيق هذا المعنى للامانة يختلف باختلاف المكان والزمان والاشخاص لذلك أرى:

ترك أمر تقدير مدى فسق الحاضنة الذى يضيع به الولد والذى لايضيع به إلى قاضى الموضوع يقدره من خلال وقائع وملابسات الدعوى فى كل حالة تعرض عليه ويحكم فى الأمر المعروض عليه بالحضانة أو بعدمها تبعا لما يراه من تحقق الفسق الذى يضيع به الولد والذى لايضيع به[1].

وهذا هو المعمول به فى قضائنا المصرى الشامخ.

فيجب على القاضى أن يتدبر الأمر ويقدر الوقائع وان يكون بصيرا بطبائع الخصوم ذا خبرة بالحوادث وحكمة فى تطبيقها.

ويرى أحد أساتذة الشريعة الإسلامية[2]:

أن الحاضنة وان كانت زانية ولكن لم يمنعها ذلك من رعاية الصغير فانها تكون أهلا للحضانة ، الا اذا ثبت أن فى زناها خطرا على اخلاق المحضون ، بأن كان يدرك ماتفعله أمه ، فحينئذ يؤخذ منها ، لعدم أمانتها على أخلاقه ، لا لزناها وفجورها.

وهذا الرأى فيه نظر:

لأن قضائنا المصرى بناء على أحكام الشريعة الإسلامية قد قضى بأن

---

(١) أحكام الأسرة فى الإسلام، أ.د. احمد فراج حسين، جـ٢ ص ٢٣٥.

(٢) الأحوال الشخصية فى التشريع الإسلامى، أ.د. احمد الغندور، مكتبة الفلاح الطبعة الثانية، سنة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م ص ٥٩٨ ، وربما سار فى رأيه هذا مع ابن عابدين - حيث أنه قيد الفسق المانع للحضانة بأنه يضيع له الولد اما اذا لم تكن كذلك فلا يمنع، رد المحتار، جـ٣ ص٥٥٦.

احتراف المرأة التمثيل والرقص على المسارح مسقط لحقها فى الحضانة شرعا لأن التمثيل والرقص من المهن التى نهى عنها الدين الإسلامى.

فكيف يقال أننا نعرف انها زانية ورغم ذلك تكون حاضنة للصغير طالما أن الصغير لايدرك ماتفعله امه.

إن ابسط شئ نعلمه بالاضافة إلى ماتفعله انها تطعمه حرام وأى جسم نبت من سحت فالنار أولى به.

الفرع الثانى

الأمانة على المال

ولا اقصد هنا مال المحضون مطلقا لانه يدخل فى الولاية على المال وانما اقصد مال خاص هو المخصص لنفقته اثناء فترة الحضانة.

الأمانة على المال فرع من الأمانة على النفس ، اذ الأمانة جزأ لايتجزأ ، فاذا كان الحاضن غير أمين على مال الصغير فلا يجاب إلى طلب ضمه ، كما لو كانت هناك خصومة بين الحاضن والصغير على ملكية شئ مثلا.

وقد قضى بأن الأب المعسر والذى لاصناعة له والسابق الحكم عليه بالحبس لاحرازه مخدرات غير مرة يكون فاسدا غير مأمون على ابنه الصغير[1].

وقضى كذلك بأنه اذا سلك الأب طريق الاشرار وصاحبهم وأتلف ماله بطرق غير مشروعة وأهمل مصالح أولاده كان غير امين عليهم ويسقط حقه فى ضمهم إليه»[2].

(١) حكم محكمة الاسكندرية الشرعية بتاريخ ١٩٣٣/٥/٢١م.
(٢) حكم محكمة المنيا الابتدائية بتاريخ ١٩٥٤/٥/١٩م.

الفـــــرع الثالث

الأمانة على مكان اقامة المحضون

وأما عن امانة المكان فيشترط أن يكون الحاضن ، مقيما بالولد فى مكان مأمون حصين لأن الاقامة بالمحضون فى مكان غير أمين ومخوف منه على نفس الصغير أو ماله تعريض بالولد للضياع ولماله بالسرقة وذلك يعتبر اهمالا فى اخص شأن من شئون الحضانة وهو الحفظ.

فيجب أن يكون المسكن حصينا لايخشى فيه الفساد وخصوصا فى البنت التى بلغت حد الوطء وكذلك الابن اذا خيف عليه الفساد فان لم تبلغ البنت حد الوطء أو لم يخف على الابن الفساد فلا يشترط حرز المكانه بل يستحب.

ومن صور عدم أمان المسكن اقامة الحاضن بالولد فى بيت المبغض ، له ولو كان قريبا له فاذا تزوجت الأم باجنبى مثلا وسقط حقها فى الحضانة وانتقلت الحضانة إلى امها فان أقامت به مع زوج ابنتها كان للأب أن يأخذه منها(١)، ولو كان زوج ابنتها قريبا للمحضون الا اذا انفردت بالسكنى عنها أو رضى الزوج بدخول المحضون بيته وهذا شرط عند المالكية.

لأن الحضانة مشروعة لمصلحة الصغير وسكناها عند من يبغضه ولو كان قريبا له يعرضه للأذى والحاق الضرر به.

فقد يكون هنالك نزاع بينه وبين قريبه على حق مالى كالميراث فيتمنى له القريب الموت حتى يستأثر بالميراث أو النصيب الأوفر منه(٢).

ولايقتصر الأمر هنا على سقوط حق الأم الحاضنة بالزواج بل يمتد إلى كل حاضنة للولد تريد الزواج وتعقده بالفعل وإلى كل حاضنة تمسك المحضون فى بيت من يبغضه بهدف الاطمئنان على المحضون وخوفا من تعرضه لما يهدده من

(١) احكام الأسرة فى الإسلام، ص ٢٣٦.
(٢) العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية، جـ١ ص ٦٥.

الأذى الذى قد يحيط به من رب البيت سواء كان زوجا للحاضنة أو لم يكن زوجا لها[١].

ويشترط ايضا الا تسكن به مع أجنبى عن الصغير ولو لم تكن زوجة له ، ومساكنة الأجنبى المسقطة للحضانة إنما هى بكونها فى عيالة بأن كان ينفق عليها أو كانت تأكل معه ، أما لو كانت تأكل وحدها وابنها معها لاتسقط حضانتها لأنه فى هذه الحالة لايكون له عليها ولا على ابنها سبيل[٢].

وأرى أن الراجح هو عدم اقامة الحاضنة بالمحضون في بيت من يبغضه للأسباب الآتية:

* هذا القول يتفق مع طبيعة النفس البشرية لأن زوج الأم الجديد يستحق الاستمتاع بزوجته فتصير كل طاقاتها له فلا تتمكن من القيام بمتطلبات الحضانة.

* من المألوف أن زوج الأم يبغض ولدها من غيره ويتمنى الا يكون معها ومن ثم يسقط حقها فى حضانة ولدها فى مكان يثير الكراهية والبغضاء فى نفسه لأن فى بقاء المحضون عند المبغض له ضرر ينبغى رفعه.

* وضوح حديث عبد الله بن عمرو بن العاص فى اسقاط حق حضانة الأم لولدها اذا تزوجت ولأجماع الصحابة. هذا هو الأصل الذى اراه راجحا.

ولكن هناك عدة امور ينبغى وضعها فى الاعتبار:

* أن النزاع حول حضانة الولد قد يكون بين الأم والأب بعد طلاق الأم ،

---

(١) فمثلا أم الأم اذا جعلت المحضون فى بيت زوج الأم كان من حق الأب أن يأخذه منها إلا اذا لم يكن لها مسكن وقد قامت بمطالبة الأب أن يجعل لها مسكن باعتبار أن السكن تتعين عليه فى الحضانة.

(٢) حكم محكمة كرموز الشرعية فى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٣٠م ، المحاماة الشرعية، س ٢ ع ٧ ص ٦٦٧ - ٨٩.

وقـد يكون بين الأم وغيـر الأب من أهل الحـضـانة ، وقـد يكون بين غـيـر الأم والأب.

وقـد يتـراضى اصـحـاب الحق فى الحـضـانة على بقـاء الولد مع امـه رغم زواجها بغير ذى رحم محرم للولد أو قريب له.

وقد لايرضون ببقاء الولد معها رغم زواجها برجل ذى رحم محرم للولد.

* أن زوجة الأب قد تعامل ولده معـاملة سيئة كلها كراهيـة وبغض وقد يعامله زوج امه معاملة طيبة كلها رحمة وحنان.

ولذلك يقول ابن عابدين فى حاشيته[١]:

«ينبغى للمفتى أن يكون ذا بصيرة يراعى الاصلح للطفل فـانه قد يكون له قريب مبغض له. يتمنى موته ويكون زوج امه مشفقا عليه. يعز عليـه فراقه. فيريد قريبه أخذه ليؤذيه ويؤذيها أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك -وقد يكون له زوجة تؤذيه أضعاف ماقد يؤذيه زوج أمه الأجنبى وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكناها معهم. فـان علم المفتى أو القـاضى[٢] شيئا من ذلك ، فلا يحل نزعه من أمه لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد».

وهو رأى سديد حرى بالأخذ به ، وهو كذلك يتفق مع المبدأ المقرر من عدم قـبول الدعاوى الكيدية التى لايقـصـد من ورائهـا سوى المضـارة ، غـيـر أن هذا الأمر يدخل تحت بحث توفر شرط الامـانة فـيمن يحضن الصـغـير ، اذ لو كـانت زوجة الأب تؤذى الصغير لكان هو غير مأمون عليه[٣].

---

(١) جـ٣ ص ٥٦٥.

(٢) لايقصد ابن عابدين هنا أن يقضى القاضى بعلمه وانما يقصد بعلمه هنا مايطرحه المتقاضين امامه من معلومات أثناء النزاع.

(٣) الاحوال الشخصية للاستاذ الكبير/ محمد الحسينى الحنفى، الطبعة الرابعة، ص ١٨٦.

ومن ناحية أخرى:

قد تتزوج الأم برجل ذو خلق ومأمون فى دينه ، وقد تتزوج برجل على عكس هذه الصفات الكريمة ، وفى حالة زواجها برجل يبغض ولدها.

قد تسكن الحاضنة وحدها وابنها معها وقد تسكن مع ابنها فى بيت زوجها الجديد[١].

وفى مثل هذه الحالات يجب دراسة كل حالة على حدة مع اعطائها مايتلائم معها من الحكم المترتب على هذه الدراسة بغض النظر عن كون الممسك للمحضون فى بيته زوجا للأم أو اجنبيا.

المهم أن يكون المكان الذى يعيش فيه المحضون فى ظل حاضنته بعيدا كل البعد عن كل مايعرضه للأذى بلون أو بآخر وكذا يجب إبعاد المحضون عن كل مايتوقع منه البغض له.

وجاء فى حاشية أبن عابدين:

«قلت الأصوب التفصيل ، وهى أن الحاضنة اذا كانت تأكل وحدها وابنها معها فلها حق ، لأن ا لأجنبى لاسبيل له عليها و لاعلى ولدها بخلاف ما اذا كانت فى عيال ذلك الأجنبى أو كانت زوجة له ، وانت علمت ان سقوط الحضانة بذلك لدفع الضرر عن الصغير »[٢].

---

(١) فرق الفقهاء بين الحاضنة اذا كانت تسكن وحدها وابنها معها فلها حق الحضانة ، ولايمنعها السكن مع الاجنبى من حضانة الصغير لانه لاسبيل لهذا الأجنبى عليها ولاعلى محضونها ، أما اذا كانت الحاضنة زوجة لهذا الأجنبى وتسكن مع ابنها عنك فى مسكنه ، فان الواجب مراعاة الأنفع للمحضون ، والقضاة بذلك مطالبون ها جاءت فى حاشية ابن عابدين ، وقد قضى بأن مساكنة الحاضنة للأجنبى تمنعها من حق الحضانة ، ولو لم يثبت عليها الفسق - لأن هذا الأجنبى -فى أرقى درجاته يكون زوجا ، وهو مانع بالنص من الحضانة كما تمنعها نفس السكنى معه، الحضانة فى الشرع والقانون، ص ١٨.

(٢) حاشية ابن عابدين، جـ٣ ص ٦٥٧.

* وقد تتزوج الأم برجل ذي رحم محرم للولد وقد لايمت زوج الأم بأي صلة قرابة للولد المحضون[١].

وقد تكون الام في مسيس الحاجة لحضانة ولدها:

* كما لو علم ولي الولد الشرعي بزواج والدته ودخولها وسكت ولم يطالب بحقه في حضانته لمدة سنة فأكثر دون عذر يمنعه من طلب الحضانة[٢] وقد لايكون للمحضون حاضن آخر شرعي غير أمه.

* قد لايقبل الولد المحضون غير امه.

* قد لاتقبل المرضعة التي قبلها أن ترضعه إلا في بيت أمه.

---

(١) وقد رأى واضعوا مشروع قانون الأحوال الشخصية: «أن زواج الحاضنة بغير محرم للصغير لايوجب سقوط حقها في الحضانة ، وللقاضي أن يمنعها من الحضانة اذا رأى استمرارها منافيا لمصلحة الصغير ، ومؤدى هذا أن مشروع القانون الذي لم ير النور ترك للقاضي سلطة تقدير مصلحة الصغير في الحضانة عند زواج امه بأجنبي عنه ، وهنا يقدر القاضي كل حالة بقدرها ولايكون مجرد زواج الأم الحاضنة بغير محرم للصغير مسقطا لحقها في الحضانة».

(٢) ورد في مشروع قانون الاحوال الشخصية الكويتي النص على أنه: «إذا تزوجت الحاضنة بغير محرم للمحضون ودخل بها الزوج تسقط حضانتها ، وأنه اذا سكت من له الحق في الحضانة مدة سنة بلا عذر بعد علمه بالدخول يسقط حقه في الحضانة» الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، أ.د. احمد الغندور، مكتبة الفلاح، ص ٥٩٩.

المطلب الثانى

الا يكون الحاضن مهملا
فى امور الحضانة

والمراد بالأهمال هنا كثرة انشغال الحاضن أو الحاضنة عن المحضون بالخروج من مسكن الحضانة لمباشرة عمل خارجه. وهنا يثور سؤال هام.

هل كثرة خروج الحاضن أو الحاضنة من مسكن الحضانة يفوت عليه حقه فى الحضانة مطلقا؟.

أى سواء كانت كثرة الخروج لمعصية أو طلبا للكسب وتحصيلا للقوت أو كثرة الصلاة.

وللإجابة على هذا السؤال أقول:

الحال لايخلو إما أن يكون الحاضن رجلا ذكر ، أب أو من يقوم مقامه وأما أن يكون أنثى أما أو من يقوم مقامها.

ومن المعلوم أن ا لحاضن الذكر يباشر الحضانة عن طريق غيره من النساء.

وبالتالى فيشترط فى المرأة التى تباشر الحضانة نيابة عن الأب وتحت اشرافه المكث بمسكن الحضانة والا تحترف عملا يترتب على القيام به كثرة خروجها من مسكن الحضانة.

واذا كانت الحضانة تتم بمباشرة الأم نفسها أو من يقوم مقامها فيشترط نفس الشرط فيجب أن يتوافر فى الحاضنة الأمانة وعدم الاهمال فى رعاية الولد.

ولكن هل مجرد خروج الحاضنة من مسكن الحضانة يسقط حقها فى الحضانة أم يشترط وصف معين فى عمل المرأة الحاضنة الذى يتطلب خروجها من

مسكن الحضانة ليسقط حقها فى الحضانة.

ذهب بعض الفقهاء ...

إلى أن كثرة الخروج تسقط حق الحضانة عن الحاضن سواء كانت كثرة الخروج لمعصية أو طلبا للكسب وتحصيلا للقوت مادام يترتب عليها ضياع المحضون.

* لأن كثرة الخروة تفوت المقصود من الحضانة أو تجعل المحضون عرضة للضياع والهلاك.

* ولأن حق الحضانة شرع لمصلحة الصغير ولاتتحقق مصالحه مع العجز أو عدم القيام بالبيت اكثر النهار والليل.

* كما أن المحضون فى حكم الامانة عند حاضنة ومضيع الأمانة لايستأمن على التربية.

وذهب بعض الفقهاء ...

إلى أن الحاضن لو اشتغل بالصلاة كأن يكون صالحا كثير الصلاة قد استولى عليه محبة الله تعالى وخوفه حتى شغله عن الولد ولزم ضياعه انتزع منه لأن انشغاله بالعبادة وترك الصغير دون ملاحظة منه أو رعاية له أمر ينافى أمر الحضانة وطبيعتها.

فالمدار على ترك الولد ضائعا والولد فى حكم الامانة عندها ومضيع الامانة لايستأمن ولايلزم ان يكون خروجها لمعصية حتى يستغنى عنه بما قبلة فانه قد يكون لغيرها ، كما لو كانت قابلة أو غاسلة أو بلانه أو نحو ذلك[١].

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٣ ص ٥٥٧.

ومن هنا يتبين أن المراد بالا يكون الحاضن مهملا ألا يضيع الولد عندها تحت أي ظرف من الظروف التى تشغلها عنه وعن تعهده ورعايته والمحافظة عليه.

ومقتضى التعليل بضياع المحضون أن الحاضنة إذا كانت تخرج من المنزل لأداء عمل مشروع تحصيلا للكسب وطلبا للقوت كالمدرسة أو الطبيبة أو الممرضة أو نحوهن لاتسلب عنها ولاية الحضانة اذا لم يترتب على خروجهن لأداء أعمالهن ضياع الولد.

وذلك كأن تتركه فى مكان أمين وتقيم عليه من يؤتمن عليه حتى تعود كأمها أو اختها.

فانها تكون امينة وقادرة لأن المدار هو تحقيق الرعاية للصغير وليس مجرد كثرة الخروج فى النظر الفقهى سببا لعدم استحقاق الحضانة(١).

وذلك لأن العمل قد يتعين لكسب العيش ولايستغرق فى العادة الا جزءا من النهار دون الليل ، وفى مكنته من تقوم به أن توفق بين عملها خارج مسكن الحضانة وبين واجباتها كحاضنة(٢).

ورعايته بواسطة اختها أو امها كرعايتها بنفسها له فليس احتراف المرأة فى ذاته مانعا من اهليتها للحضانة.

ولاشك أن الأم مهما كانت مشاغلها كثيرة فهى قادرة على تدبير الرعاية لصغيرها وتوفير الحنان له واسعاده فهى برغم اشتغالها تعنى بتنظيم الإشراف على أودلاها وتوفير من يقوم برعايتهم فى فترة اشتغالها ويساعدها على ذلك أن دور الحضانة فى عصرنا قد تعددت واتسع انتشارها تبعا للتوسع فى اشتغال المرأة.

---

(١) الوجيز لاحكام الاسرة فى الإسلام، ص ٤٨٠.
(٢) احكام الاسرة فى الإسلام، جـ٢ ص ٢٣٦.

ولكن لوحظ فى هذا الزمان ووقتنا الحاضر -عصر الرقى والمدنية أن كثيرا من الامهات يرسلن أولادهن إلى دور الحضانة أو الاصلاحيات مع صلاحيتهن للحضانة فما موقف الفقه فى هذا؟(١).

إن هذا العمل يتعارض مع الحكمة من مشروعية الحضانة وإناطتها بالأم أولا وقبل كل شئ.

والفقه الإسلامى لايقر هذا لأنه لايعرف دور الحضانة ولايمكن أن تقوم مقام الأم مهما بلغت عناية هذه الدور بالطفل ومهما هيأت له من وسائل الراحة والترفيه.

ولئن اقتدرت دور الحضانة أن تقدم للطفل وسائل وأسباب الحياة المادية فهى غير قادرة على أن تعوضه عن عاطفة الأم وحبها وحنانها تلك العاطفة التى لاتوجد فى انسان غير الأم ، لأن الأم مهما بلغت قسوتها وعصبيتها فهى أرحم عليه من غيرها آلاف المرات.

وللولد حق شرعى وطبيعى وقانونى فى هذه العاطفة ، ولايملك أحد اسقاط حقه فى هذا. ومن ثم لايسقط حق الصغير على أمه. وصدق الله العظيم: ﴿فطرة الله تلى فطر الناس عليها﴾(٢).

وعمل المرأة الأساسى هو الزوجية والأمومة. فلايصح التخلى عن هذا الواجب الطبيعى الأساسى تحت الاعتذار بأى سبب مهما قيل فى فائدة ذلك السبب وصلاحية المرأة له. فانه لايصح أن يطغى على الوظيفة الأساسية للمرأة التى جعلها الله مناطة بها وهو أعلم بخلقه وأدرى بما يصلح شئونهم.

﴿ألا يعلم من خلق وهو اللطيف الخبير﴾(٣).

---

(١) فقه السنة فى أحكام الأسرة، أ.د. محمود عبد الله العكازى، الطبعة الأولى، سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ص ٣٠٢.

(٢) سورة الروم الآية: ٣٠.

(٣) سورة الملك الآية: ١٤.

«ولو قبلت دعوى عدم القدرة على الامومة ورعاية الطفل بحجة العمل الحكومى أو غيره لكانت النتيجة أن الاخلال بالالتزام يؤدى إلى الحصول على حق ، وان الباطل هو سبيل الحق وهى نتيجة لايقرها الشرع ولايقبلها العقل ولاتستقيم معها الحياة السوية التى ينشدها العقلاء ويرجوها السعداء. ولايعدل عنها سوى الجهلاء الأشقياء الذين ضل سعيهم فى الحياة الدنيا وهم يحسبون انهم يحسنون صنعا.

فحضانة الأم أو غيرها تعنى التواجد الكامل للمحضون مع الحاضنة ومتابعته متابعة حسية.

والذى عليه التطبيق القضائى:

أن الإحتراف لايمنع الصلاحية للحضانة ولو كانت الحرفة حقيرة مادام الولد مصونا غير ضائع ولايخشى عليه الفساد وخاصة اذا كان معها من يحضن من النساء.

وعلى هذا فالمعلمة والطبيبة والمحاسبة وكل موظفة لايستغرق عملها كل وقتها وتستطيع أن تشرف على رعاية الصغير فى وقت عملها بواسطة من تعهد به من قريبتها أو من تنوب عنها مثلا ، بعكس المضيفة الجوية مثلا التى يستغرق عملها اغلب أوقاتها. وبناء على ذلك فان المناط فى سقوط حق الحضانة ليس هو الاحتراف فى ذاته وانما هو ضياع الصغير وأهماله[١].

---

(١) أحكام الأسرة فى الفقه الإسلامى، أ.د. محمد محمد فرحات، طبعة دار النهضة العربية، سنة ١٩٩١ / ١٩٩٢، ص ٥٧٨ ، وجاء فى حكم لمحكمة اسيوط ١١٨٢ / ٤٦ فى ١٥/ ١٩٤٧/١٠ ت س: «بالتأمل فى نصوص الفقهاء وامعان النظر فيها تبين أن مناط سقوط الحق فى الحضانة ليس هو الاحتراف فى ذاته ، وانما المناط لذلك هو ضياع الولد وأهماله والذى يدل دلالة قاطعة على أن ملحظ الفقهاء فى عليه السقوط المذكور هو مانص عليه الفقهاء من أن العمياء لايسقط حقها فى الحضانة ان امكنها الحفظ ، بل مانص عليه من أنه لو كانت الحاضنة كثيرة الصلاة قد استولت عليها محبة الله تعالى وخوفه حتى شغلاها عن الولد ولزم ضياعه نزع منها ، واذا كانت ظروف الحاضنة التى تقوم بالتدريس تسمح بارضاعها لولدها فى الأوقات الواجبة وكانت لها مع ذلك خادم يقوم بخدمة الرضاع(=)

وقد أيد القضاء المصرى هذا المبدأ الانسانى العادل ، فقد رفضت احدى المحاكم دعوى طلب فيها الأب بضم ولده الصغير إليه لأن أم الولد موظفة فى إحدى المؤسسات ، وعللت الرفض بأن خروج الأم بعض الوقت فى اثناء النهار لأداء عملها لايحول بينها وبين الإشراف على ولدها.

والدليل على ذلك أن المدعى لم يذكر حادثة واحدة ترتب عليها الحاق الأذى بالصغير ، أو لزم منها ضياعه ، وهذا هو مناط سقوط حق الحضانة.

ومع ذلك، فان الأم قد قررت أن أمها ، وهى التى لها حق حضانة الصغير بعدها ، تعيش معها ، وتقوم على رعايته ، والمحافظة عليه فى اثناء قيام امه بأعباء الوظيفة[1].

لأنه ليس معنى هذا الشرط بقاء الحاضن إلى جوار الصغير والصغيرة طيلة الوقت بل يكفى لتوافره وجود من ينوب عنه فى ذلك بشرط أن يكون تحت اشرافه ومراقبته.

وقد قضى بأنه: «اذا كانت الحاضنة قد أدخلت البنت دارا للحضانة فى الوقت الذى تكون فيه مشغولة بعملها -حتى اذا عادت منه فى المساء أحاطتها برعايتها وقامت على شئونها- فهى مستحقة للحضانة إذ المقرر فقها أنه لايشترط أن تتوفر الحاضنة على خدمة الصغير بنفسها طول الوقت بل لها ان تباشر تلك الخدمة فى بعض الأوقات بواسطة آخر كخادم أو امرأة ذات رحم محرم من الصغير أو دار للحضانة»[2].

وقضى أيضا: «بأن المدار فى الحضانة هو نفع الصغير ورعاية مصالحه

(=) اعتبرت الحاضنة بذلك قادرة على صيانة الرضيع وحفظه ، المحاماة السنة ٢٠ ، ص٩٠٢.

(١) الأحوال الشخصية فى التشريع الإسلامى، أ.د. احمد الغندور، مكتبة الفلاح، الكويت ، الطبعة الثانية، سنة ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م ص ٥٩٨.

(٢) محكمة الاسكندرية الكلية، الدعوى رقم «٢١٢» لسنة ١٩٦٤م، كلى مستأنف فى ١٩٦٤/٥/٢٨م.

فكلما تحققت مصلحته لدى الحاضنة تثبت لها الحضانة بصرف النظر عن احترافها. فما كان الاحتراف ذاته جريمة تعاقب عليها المرأة بسقوط حقها فى الحضانة خاصة وان الاسلام لايمنع المرأة من الاحتراف لطلب القوت -انما اذا تعرضت مصلحة الصغير للضياع سقط حق الحاضنة فى الحضانة- ولو كان انشغالها نتيجة لكثرة صلاتها»[1].

وقضى ايضا بأنه: «ولاينال من ذلك ما أوردته «المستأنفة» من أنها «المستأنف عليها» لاتقدر على خدمة الأطفال فهو قول مرسل لم تقم دليلا عليه وما أوردته من أن مستوى الأطفال العلمى يتدهور مما يدلل على عدم رعاية المستأنف ضدها لهم فمردود عليه بما هو ثابت من الشهادات الصادرة من المدارس التى ينتمى إليها الأطفال اذ ثبت بكل شهادة أن حالة الأطفال الدراسية تدعو إلى الاطمئنان مما يدل على حسن رعايتهم وتربيتهم ... الخ»[2].

وقضى بأنه: «اذا كانت ظروف الحاضن التى تقوم بالتدريس تسمح بارضاع ولدها فى الأوقات الواجبة ، وكان لها مع ذلك خادم يقوم بخدمة الرضيع ، اعتبرت الحاضنة بذلك - قادرة على صيانة محضونها وحفظه طبقا لما تشير إليه نصوص المذهب الحنفى».

على من يقع عبء اثبات عدم الأمانة:

والأصل فى الحضانة الأمانة وعلى من يدعى عكس ذلك اثبات مايدعيه.

(١) محكمة الاسكندرية الابتدائية، الدعوى رقم «٢١٢»، لسنة ١٩٦٤م، كلى مستأنف فى ١٩٦٤/٥/٢٨م.

(٢) محكمة شبين الكوم الابتدائية، الدعوى رقم ٢٩٠، لسنة ١٩٨٦ك، كلى مستأنف فى ١٩٨٦/١٠/٢٥م.

فعند الشافعية:

«أنه لاحضانة لفاسق لأنها ولاية ، نعم يكفى مستورها كما قال جمع ولايكلف إثبات العدالة أى حيث وقع النزاع بعد التسليم فان وقع قبله إحتاج المدعى إلى اثباتها ولاتسمع بينه بعدم الأهلية مع بيان السبب كالجرح أى جرح الشهود»[١].

هذا والأصل فى الحاضن أو الحاضنة هو الأمانة ولاينفى عنه ذلك الا بدليل[٢].

(١) نهاية المحتاج، جـ٧ ص ٢١٨.
(٢) حكم محكمة الجمالية الشرعية، فى ١٧ يناير سنة ١٩٢٣ ، المحاماة الشرعية، س ٤ ع ٩ ، ١٠ ص ٧٨٨ - ٢٥١.

المبحث الرابع

الحــــــرية

نظرا لالغاء الرق منذ فترة طويلة أقتصر هنا على ذكر آراء الفقهاء فى اشتراط الحرية فى الحاضن أو الحاضنة.

اختلف الفقهاء فى اشتراط الحرية فى الحاضنة أو الحاضن على ثلاثة أقوال هى:

القول الأول:

لاتثبت الحضانة لرقيق ولو مبعضا وإن أذن له سيده وبهذا قال جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة والزيدية والثورى وعطاء[1].

القول الثانى:

تثبت الحضانة للرقيق فى بعض الصور وبهذا قال بعض المالكية والشافعية[2].

القول الثالث:

تثبت الحضانة للرقيق مطلقا وبهذا قال الظاهرية[3].

الأدلـــة:

أستدل أصحاب القول الأول:

أولا: الحضانة ضرب من الولاية ، ولاولاية للرقيق على نفسه ، لأن

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٢ ص ٨٧١ ، ٨٧٣ ، بدائع الصنائع، جـ٤ ص ٤٢ ، مغنى المحتاج، جـ٣ ص ٤٥٤ ، الاقناع، جـ٣ ص ١٤٧ ، الأم، جـ٥ ص ٨٣ ، المهذب، جـ٢ ص ١٨١ ، المغنى والشرح الكبير، جـ٩ ص ٢٩٧ ، زاد المعاد، جـ٤ ص ٢٦٠ ، العدة شرح العمدة، ص ٤٤٦ ، البحر والزخار، جـ٤ ص ٢٨٥.

(٢) شرح الخرشى، جـ٤ ص ٢٠٨ ، المدونة الكبرى، جـ٢ ص ٢٤٦ ، مغنى المحتاج، جـ٣ ص٤٥٤.

(٣) المحلى، جـ١٠ ص ٣٣٠.

ولايته هو لسيده فلا تكون له ولاية على غيره.

ومن المعقول: أن الرقيق مشغول بخدمة سيده ، ومنافعه التى تحصل بها الكفاية فى الحضانة مملوكة لسيده ، واذا كان كذلك فلا تجوز حضانته[١].

واستدل اصحاب القول الثانى:

على احقية الرقيق للحضانة فى بعض الصور.

قال مالك: فى حر من أمة: أن الأم أحق به إلا أن تباع فتنتقل فيكون الأب أحق به.

وسبب استحقاقها للحضانة عنده فى هذه الحالة أنها أم ، والأم مركب فيها عاطفة الشفقة على ولدها ، فأشبهت الحرة فى الأهلية للحضانة.

واستدل اصحاب القول الثالث:

على أن الولد محل الحضانة اذا كان رقيقا فان الأمة أو أم الولد أو المدبرة أو المكاتبة حسب الأحوال أحق بحضانته بالقرآن والسنة.

أ- بالقرآن الكريم:

فقد دلت النصوص القرآنية على حق الحضانة لم تفرق بين الحر والعبد كقوله تعالى: ﴿**لاتضار والدة بولدها ولامولود له بولده**﴾[٢]، وقوله عز وجل: ﴿**وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله**﴾[٣].

ب- السنة النبوية:

ما اخرجه البيهقى من حديث أبى بكر رضى الله عنه أن النبى -ﷺ-

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير، جـ٢ ص ٤٨٧ ، نهاية المحتاج، جـ٦ ص ٢٧٣ ، زاد المعاد، جـ٤ ص ٢٦٠.

(٢) سورة البقرة الآية: ٢٣٣.

(٣) سورة الأنفال الآية: ٧٥.

قال: «لاتوله والدة عن ولدها»[1].

وما اخرجه احمد والترمذى والحاكم من حديث أبى أيوب أن النبى -ﷺ- قال: «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة»[2].

* ولان انعدام الحرية لاتمنع أن يكون الولد للمولى ، وحضانتهن له تعتبر اشتغالا منهن بخدمة المولى.

وقد قال ابن القيم فى زاد المعاد: «واما اشتراط الحرية فلا ينهض عليه دليل يركن القلب إليه لقول النبى -ﷺ-: «لاتوله والدة عن ولدها» ، وقال: «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة»[3].

وقد قالوا: «لايجوز التفريق فى البيع بين الأم وولدها الصغير ، فكيف يفرق بينهما فى الحضانة».

وعموم الأحاديث: تمنع من التفريق مطلقا فى الحضانة والبيع.

الرد على أدلة أصحاب القول الأول:

استدلالكم بكون منافع الأمة مملوكة للسيد ، لأنها متسغرقة فى خدمته فلا تتفرغ لحضانة الولد ممنوع.

فان الحضانة حق لها تقدم به فى أوقات حاجة الولد على حق السيد كما فى البيع سواء.

---

(١) سبل السلام، جـ٣ ص ٢٢٩.
(٢) سنن الترمذى، جـ٤ ص ١٢٨٣ ، سبل السلام، جـ٢ ص ٢٢٩.
(٣) زاد المعاد، جـ٤ ص ٢٦٠.

كما اعترض أيضا بأن ماذهب إليه هذا الفريق منقوض بقولهم لايجوز التفريق فى البيع بين الأم وولدها الصغير(١).

الرأى الراجح:

أرى أنه يشترط فى الحاضن أو الحاضنة أن تكون حرة كى تستطيع القيام بخدمة الصغير والتفرغ لكل مايلزم له.

فلو كانت أمه أو أم ولد لاحق لهما فى حضانة أولادهما لعجزهما عن الحضانة بخدمة المولى ولأن حق الحضانة ضرب من الولاية ولا ولاية لهما على أنفسهما فلا يكون لهما على غيرهما ولاية.

وعلى هذا تكون الحضانة لمولاه ان كان الصغير رقيقا ولايفرق المولى بينه وبين امه وإن كانا فى ملكه.

ولو عتقت امه بعد وضعه لم يكن لها حق فى الحضانة سواء كانت منكوحة لأبيه أو فارقها وسواء كان ابوه حرا أو عبدا لأن الولد مملوك للولى.

واذا كان الولد حرا فالحضانة لاقربائه الاحرار ان كانت أمه آمة لا لمولاها ولا لمولاه الذى اعتقه وإن عتقت كانت الحضانة لها لأنها حرة وابنها حر اثناء ثبوت الحق.

وأما المدبرة فحكمها حكم القنة لوجود الرق فيها.

والمكاتبة احق بولدها المولود فى كتابتها لأنه يصير داخلا فى الكتابة تبعا لأمه بخلاف المولود قبل الكتابة فلا يكون لها حق فى حضانته.

---

(١) سبل السلام، جـ٣ ص ٢٢٩ ، ويراجع الاسرة فى ظل التشريع الإسلامى، للدكتور، احمد عثمان، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

الفصل الرابع

الشروط الخاصة لاستحقاق النساء والرجال حضانة الأولاد

تمهيد:

لم يترك الفقه الإسلامى أمر الحواضن بلا تحديد ، وتقييد ، وانما وضع شروطا يتعين توافرها فى الحاضنة رعاية للمحضون وطمأنة للمحضون له. بالاضافة إلى الشروط العامة المتفق عليها والمختلف فيها.

كما وضع الفقه الإسلامى قواعد لحضانة الرجال للذكور والاناث ...

وفى هذا الفصل اشير إلى الشروط الخاصة بالنساء والرجال لاستحقاق الحضانة فى مبحثين كما يلى:

المبحث الأول: الشروط الخاصة لاستحقاق النساء لحضانة الاولاد.
المبحث الثانى: الشروط الخاصة لاستحقاق الرجال حضانة الأولاد

المبحث الأول

الشروط الخاصة لاستحقاق النساء لحضانة الأولاد

تمهيد:

لاخلاف بين الفقهاء فى أن الأم مقدمة فى الحضانة على غيرها لرفقها وشفقتها على المحضون ، ورحمتها به ، وحاجته هو إليها فى صغره. ولذلك لاينزع الصغير من امه الا بشروط خاصة حفاظا عليه ، ومحافظة على حقه.

والشروط الخاصة بالنساء مستحقى الحضانة اشير إليها فى مطلبين كما يلى:

المطلب الأول: ألا تكون متزوجة بغير والد المحضون.
المطلب الثانى: أن تكون ذات رحم محرم.

المطلب الأول

الا تكون متزوجة
بغير والد المحضون

تمهيد وتقسيم:

مما مضى اصبح من الواضح أنه يشترط كفاءة خاصة فى الحاضن أو الحاضنة لتحمل اعباء الحضانة.

ومتطلبات الحضانة تستلزم من الحاضنة التفرغ لها وبالتالى يكون زواجها من غير والد الصغير مضيع لحقوقه لانشغالها بحقوق الزوج.

ويرى البعض غير ذلك ، أى يقول بان زواج الحاضنة لايسقط حقها ويذهب البعض الآخر إلى التفصيل.

وفى حالة القول بسقوط حق الحاضنة فى الحضانة لزوجها بغير والد المحضون؟.

متى يسقط هذا الحق ، هل يسقط بالعقد أم بالدخول الحقيقى وهل تعود الحضانة للحاضن اذا طلقت أو مات عنها زوجها.

وتساؤلات كثيرة غير ذلك اجيب عنها فى الفروع الآتية:

الفرع الأول: أقوال الفقهاء وادلتهم حول سقوط حق الحاضنة بزواجها.

الفرع الثانى: متى يسقط حق الأم فى حضانة ولدها بالزواج.

المطلب الثالث: هل يعود حق الحضانة للحاضنة بعد طلاقها وموت زوجها.

الفـــــرع الأول

أقوال الفقهاء وأدلتهم حول سقوط حق الحاضنـــة بزواجها

اختلف الفقهاء في سقوط حق الأم في حضانة ولدها بزواجها إلى أربعة أقوال هي:

القول الأول:

تسقط حضانتها بالزواج مطلقا ، أي سواء كان المحضون ذكر أو أنثى.

وسواء كـــان الزواج بمن له الحق في حـــضـــانة الطفل أو ليس له حق في حضانة الطفل.

وأصحـاب هذا القـول هم جمـهور الفـقـهـاء الحنفـيـة والمالكيـة والشـافـعـيـة ورواية للإمام أحمد وأبو ثور ، والزيدية والامامية[١].

القول الثاني:

لاتسقط حضانة الحاضنة بالزواج مطلقا.

وأصـــحــــاب هذا القــول هم الظاهرية وابن جـرير والحـســن البــصــري ومن الصحابة عثمان بن عفان رضي الله عنه[٢].

القول الثالث:

يسقط حق الحاضنة بالزواج اذا كان المحضون ذكرا ولو كان زواجها بمن له

(١) بدائع الصنائع، جـ٥ ص ٢٢٥٦ ، رد المختار، جـ٣ ص ٥٥٧ ، تبين الحقائق، جـ٣ ص ٤٧ ، المدونة، جـ٢ ص ٢٤٤ ، الخرشي، جـ٤ ص ٢٠٧ ، حاشية الدسوقي، جـ٢ ص ٥٢٩ ، مغني المحتاج، جـ٣ ص ٤٤٥ ، روضة الطالبين، جـ٩ ص ١٠٠ ، حاشية الباجوري، جـ٢ ص ١٩٨، والمغني والشرح الكبير، جـ٩ ص ٣٠٦ ، زاد المعاد، جـ٤ ص ١٣٥ ، الروض المربع، جـ٢ ص ٣٢٩ ، البحر الزخار، جـ٤ ص ٣٨٥ ، المختصر النافع، ص ١٩٤ ، الروضة البهية، جـ٢ ص١٤١.

(٢) المحلي، جـ١٠، ص ٣٢٣.

الحق فى الحضانة اذا كان المنازع كالأب واذا كان المحضون اثنى فلا يسقط حقها حتى تبلغ الجارية.

واصحاب هذا القول هم بعض الحنابلة[١].

القول الرابع:

أن زواج الحاضنة بمن له نسب للطفل ذو رحم محرم لايسقط حقها فى الحضانة اذا نازعها غير الأب.

وقد قال بهذا الرأى الامام احمد بن حنبل ، والإمام ابو حنيفة أما اذا تزوجت بذى رحم غير محرم من المحضون.

كابن العم فعند المالكية لايؤثر ذلك فى اسقاط حقها فى الحضانة.

وعند الشافعية اذا تزوجت الحاضنة بمن له الحق فى الحضانة ورضى به الزوج فلا يجوز الافتاء باسقاط حضانتها.

أما عند الحنابلة والزيدية لاتسقط حضانتها اذا لايؤثر على الحضانة تزويجها منه[٢].

أدلة أصحاب القول الأول:

يرون انه يشترط فى الحاضنة أما كانت أو غيرها أن لاتكون متزوجة بأجنبى عن المحضون.

ويسقط حقها فى ا لحضانة بالزواج بغير أب المحضون سواء كان المحضون

---

(١) المغنى، لابن قدامة، جـ٧ ص ٦١٩ ، المغنى والشرح الكبير، جـ٩ ص ٣٠٦.

(٢) المغنى، لابن قدامة، جـ٧ ص ٦١٩ ، حاشية ابن عابدين، جـ٣ ص ٥٦٥ ، حاشية الدسوقى، جـ٢ ص ٥٣ ، نهاية المحتاج، جـ٧ ص ٢١٨ ، البحر الزخار، جـ٤ ص ٣٨٥ ، التاج المذهب، جـ٢ ص ٢٧٠.

ذكرا أو انثى[١].

وقد استدلوا بالسنة وعمل الصحابة والمعقول:

أ- السنة:

روى أحمد وأبو داود عن عبدالله بن عمرو بن العاص ان امرأة قالت: «يارسول الله ان ابنى هذا كانت بطنى له وعاء وثدى له سقاء وحجرى له حواء وأن اباه طلقنى واراد أن ينزعه منى فقال لها رسول الله - ﷺ-: "أنت أحق به مالم تنكحى"»[٢].

وجه الدلالة:

جعل الرسول - ﷺ- حق الحضانة للأم وأنها أولى بالولد من الأب مالم تتزوج فاذا تزوجت سقط حقها فى الحضانة لأن الزوج الأجنبى غالبا يمقت ولد زوجته من غيره وبود الا يكون مع امه فيشعر الصغير بالجفاء وهذا له تأثير سيئ على حالته النفسية. وغير الأم من الحضانات تقاس عليها.

عمل الصحابة:

استدلوا بما جاء عن سعيد بن المسيب أنه قال: طلق عمر رضى الله عنه أم ابنه عاصم فلقيها ومعها الصبى فنازعها وارتفعا إلى أبى بكر الصديق رضى الله عنه فقضى أبو بكر بعاصم بن عمر لأمه مالم يشب أو تتزوج وقال له: «إن ريحها وفرشها خير له حتى يشب أو تتزوج» وقد وافقه عمر بن الخطاب رضى الله عنه على هذا الحكم وكان بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم فلم ينكر عليه أحد ذلك ، وعلى حكم ابى بكر هذا سار القضاة لايختلفون فيه

---

(١) جاء فى نهاية المحتاج، جـ٧ ص ٢١٨ : «وأنه لاحضانة لمن تزوجت بغير أبى الطفل وان رضى زوجها ولم يدخل بها».

(٢) أخرجه أبو داود فى كتاب الطلاق، باب: من أحق بالولد، رقم ٢٢٧٦ ، مسند أبى داود، جـ٢ ص ٢٨٣ ، سبل السلام، جـ٣ ص ٤٦٥ ، نيل الأوطار، جـ٨ ص ١٥٨.

زمانا ولامكانا[١].

الإجماع:

قال صاحب سبل السلام[٢]: أن سقوط حق الأم فى الحضانة بالزواج قال به جماهير أهل العلم.

وقال ابن المنذر أجمع على هذا كل من احفظ عنه من أهل العلم.

ب- المعقول:

فمن وجوهه

* أن الزوجة تكون مشغولة بحقوق زوجها عن الحضانة ، فقد دلت الحوادث على أن الصغير قد يلحقه الجفاء والمذلة من زوج الأم ، مما يجعلها فى حرج شديد بسبب محضونها ، فتلجأ إلى استعطاف الزوج عليه بشتى الوسائل وتستعذب فى سبيل محضونها المشقة ، وتقر مضطرة بمايقع عليها من أعباء حتى تحقق العناية بالولد والقيام بحق الزوج.

ومن ثم طالما هى مشغولة هكذا فيكون غيرها أولى منها ويسقط حقها فى حضانة ولدها.

* الزوج الأجنبى «زوج الأم» يكره صغير زوجته من غيره بحكم العادة فينظر إليه شذرا[٣] ويعطيه نذرا[٤] فتتعقد نفسية الصغير ويقع عليه الضرر. وهذا يتعارض مع الغرض من الحضانة لأنهاشرعت لتحقيق مصلحة الصغير. ومن مصلحته أن يعيش بين من يألفه ويوده ولايحقد عليه ، أو ينظر

---

(١) شرح فتح القدير، جـ٤ ص ٣٦٨ ، حاشية ابن عابدين، جـ٣ ص ٥٦٥ ، بدائع الصنائع، جـ٤ ص ٤٢.

(٢) سبل السلام، جـ٤ ص ٢٢٧.

(٣) شذرا: أى نظر المبغضين.

(٤) نذرا: أى الشئ القليل.

إليـــه عن كـــراهيـــة لأن الصـــغـــيـــر يحس ذلك وينطبع فى ذهنه ويؤثر فى تكوينه[1].

هذا فضلا عن أن الصغير -فى حالة ما إذا كانت الحاضنة هى أمه- لايطيق أن يرى رجلا آخر غير ابيه يعاشرها.

ولقد ثبت علميا: ...

أن العقدة النفسية وهى اضطرابات نفسية تصيب البناء العام لشخصية الطفل فى ظروف تنشئته الأولى ، وهى تنتج عن خبرات معينة يمر بها الطفل تكون هى السبب فى إصابته بهذه العقدة أ وتلك.

فمن المألوف أن يستخدم زوج الأم طريقة التأنيب المستمر لابن زوجته وهذه الطريقة التربوية تحدث لدى الطفل ضربا من الشعور المرضى بالذنب والأثم.

وعادة مايستخدم ايضا بعض عبارات التهديد واللوم والأوامر والنواهى ، وقد يعاقب الطفل بأساليب قاسية ويهددونه بعقوبة الحبس أو الضرب حتى الموت مما قد يسبب إصابة الولد باضطرابات نفسية شديدة.

* وقد يشعر الولد الصغير بالغيرة لحاجته إلى الاستقلال بأمه واسلوب التنشئة الإجتماعية الذى يعتمدعلى الغيرة يعوق تقدم الطفل ونموه فى الاتجاه السليم ويحول دون استقلاله وشق طريقه فى الحياة وذلك لأن زوج امه لن يرضى بانشغال زوجته بطفلها دون أن يشعر بالغيرة وهذه الطريقة تجعل واجبات الامومة عسيرة وشاقة.

* ولقد وجد فى جميع الدراسات ارتباط أساسى بين أساليب التنشئة ودرجة العدوانية عند الطفل ، كما أن العدوانية ترتبط بمدى نبذ الوالدين للطفل

---

(١) مغنى المحتاج، جـ٣ ث ٤٥٥ ، رد المحتار، جـ٣ ص ٥٦٥.

وينطبق الشئ نفسه على أستخدام اسلوب الثواب والعقاب بدرجاته المختلفة فى تربية الطفل[١].

أدلة أصحاب القول الثانى:

ويرى أصحابه ان زواج ام المحضون بغير ابيه لايسقط حقها فى الحضانة[٢].

وقد استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول:

أما الكتاب: فالآيات التى وردت فى القرآن الكريم للدلالة على اثبات الحضانة للأم وردت عامة[٣] لم تفرق بين الأم المتزوجة وغير المتزوجة.

ولم يرد نص صحيح يخصص[٤] هذا العموم ومن المعلوم فى اصول الفقه

---

(١) دور الاسرة فى تربية الابناء، الدكتور/ على سليمان، ص ٢٢.

(٢) المحلى، جـ١٠ ص ٣٦٦.

(٣) **العموم فى اللغة:** الشمول يقال مطر عام أى شامل كل الجهات.
وفى الاصطلاح: هو اللفظ الموضوع وضعا واحدا للدلالة على مايصلح له فى الأفراد شمولا واستغراقا ، كلفظ السارق والسارقة ، والفاظ العام كثيرة منها:
الجمع المعروف بأل المفيدة للاستغراق والشمول كلفظ «المؤمنون ، المحسنين» ، المفرد المعرف بال الجنسية مثل «والسارق والسارقة» ، الجمع المعرف بالاضافة مثل «اولادكم» المفرد المعرف بالاضافة «كماء وميتة» ، الاسماء الموصولة كلفظ «الذين» ، اسماء الشرط مثل «من» ، اسماء الاستفهام مثل «من» ، الفكرة الواقعة فى سياق النفى أو النهى مثل كلمة «وصيه» فى قوله - ﷺ - «لاوصية لوارث» ، لفظ كل ، ولفظ جميع.

(٤) الخاص ، هو اللفظ الذى وضع للدلالة على معني واحد على سبيل الانفراد ، كشف الاسرار، جـ١ ص ٣٠ ، والمراد بالمعنى الواحد: مايدل على شخص واحد كمحمد أو زينب أو على نوع واحد كرجل أو على جنس واحد كانسان.
دلالة العام: المتتبع لاستعمالات صيغ العام فى التشريع. يستبين له أنه يرد فى الاستعمال على ثلاثة أنواع:
١- عام اريد به العموم قطعا ، وهو العام الذى صحبته قرينة تنفى احتمال تخصيصه.
٢- عام اريد به الخصوص قطعا وهو العام الذى صحبته قرينة تنفى بقاءه على عمومه.
٣- عام مطلق وهو العام الذى لم تصحبه قرينة تنفى احتمال تخصيصه ولاقرينة تنفى (=)

أن التخصيص بلا مخصص غير جائز.

ومن هذه الآيات:

قوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾[١].

وقوله تعالى: ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله﴾[٢].

وقوله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن﴾[٣].

فالربيبة: بنت امرأة الرجل من غيره وقد اتفق الفقهاء على أن الربيبة تحرم على زوج امها إذا دخل بالأم.

وقد بين سبحانه وتعالى هنا أن الربيبة تكون فى حجر الزوج أى فى بيته وتحت رعايته والحال أنه زوج امها فدل ذلك على أن المحضونة تكون مع امها فى بيت زوجها سواء كان قريبا لها أو بعيدا عنها[٤].

(=) دلالته على العموم ويسمى بالعام المحتمل للتخصيص فى ذاته. اصول الفقه الإسلامى، للاستاذين أ.د. احمد فراج حسن ، أ.د. عبد الودود محمد اسريتى، طبعة ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م، مؤسسة الثقافة الجامعية، ص ٢٧٧.

حكم الخاص: يدل اللفظ الخاص على معناه دلالة قطعية مالم يمنع من ذلك دليل آخر يصرفه عن معناه الموضوع له إلى ارادة معنى آخر: فاللفظ الخاص ان وجد ولادليل يصرفه عن معناه إلى معنى آخر يجب العمل به فيما هو موضوع له ليقين المجتهد اذ ذاك أن الشارع أراد هذا المعنى وانما كانت دلالة الخاص قطعيه لأنه بين فى نفسه ، يدل على المعنى الذى وضع له قطعا وتعينيا بلا شبهة. اصول الفقه الإسلامى، أ.د. احمد محمود الشافعى، طبعة ١٤٠١هـ - ١٩٨٧م، المكتب العربى للطباعة، ص ٣٢٦.

(١) سورة البقرة الآية: ٢٣٣.

(٢) سورة الاحزاب الآية ٦.

(٣) سورة النساء الآية: ٢٣.

(٤) المحلى، لابن حزم، جـ١٠ ص ٣٢٣.

ولقد جاء في المحلي[1]: «ولافرق في النظر والحياطة بين الربيب زوج الأم والربيبة زوجة الأب بل في الأغلب الربيب أشفق وأقل ضررا من الربيبة وانما يراعي في كل ذلك الدين ثم صلاح الدنيا فقط».

وأما استدلالهم من السنة:

فما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: «قدم رسول الله المدينة ليس له خادم فأخذ أبو طلحة بيدي فانطلق بي إلى رسول الله - ﷺ- فقال يارسول الله إن انسا غلام كيس فليخدمك قال فخدمته في السفر والحضر».

وجه الدلالة:

أن أنسا كان في حضانة امه ولها زوج هو ابو طلحة بعلم رسول الله - ﷺ- فدل ذلك على أن زواج الأم لايمنع حضانتها وأيضا فان رسول الله قد تزوج أم سلمة ومعها ابنتها زينب فكانت عندها وقد اقرها المصطفى على ذلك»[2].

المعقول:

فقالوا أن المحبة والكراهة خلق بشرى لاتحددها قرابة ولا غيرها فقد يوجد قريب يكره المحضون ويسيء معاملته في حين يوجد أجنبي قد يشفق عليه ويحنو ولاسيما اذا كان ذا دين ومروءة فالمدار المعول عليه الدين.

أدلة أصحاب القول الثالث:

ويرون التفرقة بين المحضون الذكر فقالوا بنزعه من أمه المتزوجة بمجرد الزواج والأنثى تظل معها إلى بلوغ سبع سنوات[3].

---

(١) المحلي، جـ١٠ ص ٣٢٥.
(٢) المحلي، جـ١٠ ص ٣٢٥.
(٣) جاء في المغني، جـ٧ ص ٦١٩، قال أحمد: واذا تزوجت الأم وابنها صغير أخذه الأب (=)

من السنة:

بما روى أن علي وجعفر وزيد بن حارثة تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة فقال علي ابنة عمى وأنا أخذتها ، وقال زيد بنت أخى لأن رسول الله - ﷺ- آخى بينه وبين حمزة وقال جعفر: بنت عمى وعندى خالتها فقال رسول الله - ﷺ-: «الخالة أم» وسلمها إلى جعفر وجعل لها الحضانة وهى مزوجة واذا لم يسقط حق الخالة فى الحضانة لتزوجها فالأم أولى والمحضونة كانت أنثى[(١)].

أدلة أصحاب القول الرابع:

الذين يرون أن زواج الحاضنة بذى رحم محرم من الطفل لايسقط حقها فى الحضانة اذا نازعها غير الأب.

فاذا تزوجت بذى رحم محرم من المحضون كالجد أو العم فان زواجها حينئذ لايؤدى إلى اسقاط حقها فى الحضانة عند جمهور الفقهاء.

واذا لم يكن الزوج جدا أو عما للمحضون إما أن يكون مستحقا للحضانة أم لا.

فاذا كان مستحقا للحضانة فانه لابد من رضى الزوج حتى تصح حضانتها عند الشافعية[(٢)].

استدلوا بالسنة والمعقول:

أ- السنة:

بما روى عن على كرم الله وجهه انه قال: «خرجنا من مكة فتبعتنا ابنة

(=) منها ، قيل له: فالجارية مثل الصبى؟ قال لا الجارية تكون معها إلى سبع سنين». ويراجع المغنى والشرح الكبير، جـ٩ ص ٣٠٦ ، ونيل الأوطار جـ٦ ص ٣٦٨.
ولقد علق صاحب المغنى على ذلك بقوله: «فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزوج امها و ازالها عن الغلام ووجه ذلك ما روى أن عليا وجعفر وزيد بن حارثة تنازعوا ... الحديث فجعل لها الحضانة وهى متزوجة».

(١) سنن الترمذى، جـ٥ ص ٣٢٠ ، نيل الأوطار، جـ٨ ص ١٥٨.

(٢) روضة الطالبين، جـ٩ ص ١٠٠ ، ونهاية المحتاج، جـ٧ ص ٢١٨.

حمزة يا عم ياعم فتناولتها بيدها ودفعتها إلى فاطمة فقلت دونك ابنة عمك: قال فلما قدمنا المدينة اختصمنا فيها أنا وجعفر وزيد بن حارثة فقال جعفر ابنة عمى وخالتها عندى يعنى اسماء بنت عميس: وقال زيد بنت أخى: حيث كان النبى -ﷺ- قد آخى بين زيد وحمزه ، قلت أنا أحق بها وهى ابنة عمى: فقال رسول الله -ﷺ- أما انت ياجعفر فأشبهت خلقى وخلقى وأما انت يازيد فأخونا ومولانا وأما أنت يا على فمنى وأنا منك: والجارية عند خالتها والخالة والدة وسلمها جعفر(١).

ففى هذا الحديث الشريف قضى النبى -ﷺ- بالحضانة لزوجة جعفر باعتبارها الخالة وهى بمنزلة الأم مع أنها متزوجة ، لكنها متزوجة بجعفر وهو من أهل الحضانة لأنه رحم محرم على المحضونة لأنه ابن عمها(٢).

واذا كان الزوج الأجنبى يبغض ولد زوجته من غيره ويود الا يكون معه فان الزوج المحرم ليس كذلك.

فان ذلك دليلا على أن الأم اذا تزوجت بمن له حق فى الحضانة لاينزع الولد منها من باب أولى مادام المنازع لها غير الأب(٣).

واستدلوا بما روى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن قال: «كانت أمرأة من الأنصار تحت رجل من الأنصار فقتل عنها يوم أحد ، وله منها ولد ، فخطبها عم ولدها ، ورجل آخر إلى أبيها ، فأنكح الآخر ، فجاءت إلى النبى -ﷺ- فقالت انكحنى أبى رجلا لا أريده وترك عم ولدى ، فأخذ منى ولدى ، فدعا رسول الله -ﷺ- أباها. فقال: أنت الذى لانكاح لك اذهبى فانكحى عم

---

(١) اخرجه البخارى عن البراء بن عازب ، واخرجه الترمذى فى كتاب المناقب رقم ٣٨٥٤ ، وقال حسن صحيح ، سنن الترمذى، جـ٥ ص ٣٢٠ ، نيل الأوطار، جـ٨ ص ١٥٨ ، ويراجع: المغنى والشرح الكبير، جـ٩ ص ٣٠٦ ، والمغنى، جـ٧ ص ٦١٩ ، وروضة الطالبين، جـ٩ ص ١٠٠ ، ونهاية المحتاج، جـ٧ ص ٢١٨.

(٢) سبل السلام، جـ٣ ص ٢٣٠.

(٣) نيل الأوطار، جـ٦ ص ٣٢٩.

ولدك»[١].

جه الدلالة:

أن النبى - ﷺ- لم ينكر أخذ الولد منها لما تزوجت رجل غير محرم لولدها وانكحها عم الولد لأنها لاترغب فى الآخر ولتبقى لها الحضانة.

فهذا الحديث دليل على سقوط الحضانة بالنكاح من غير النسيب للولد وبقائها اذا تزوجت بنسيب من الطفل.

ب- المعقول:

* من المعروف أن السبب المباشر لاسقاط حق الحضانة عن الحاضنة عند زواجها. هو أن الزوج الأجنبى يبغض ولد زوجته من غيره ويود الا يكون معه فى مكان واحد.

ويشترط أن يكون المكان الذى يسكن فيه المحضون مع حاضنته بعيدا كل البعد عما يثير الكراهية والبغضاء والا سقط الحق فى الحضانة.

ومن ثم فانه اذا تزوجت الأم برجل محرم للمحضون وله حق فى حضانة الولد لايسقط حقها فى حضانة ولدها.

كما لو كانت امه متزوجة بعمه أو كانت جدته مع جده ، فان هذا لايمنع من استحقاقها للحضانة لأنه يتوفر فيه الشفقة على الصغير لوجود القرابة الباعثة على العطف ، فانه يكون فى منزل ابيه ان لم يكن أفضل منه. ولذا كان هو من المستحقين للحضانة[٢].

فاذا كان زوجها ذا رحم محرم منه كأن تكون جدته لأمه تمسكه عند زوجها جد لأمه ، أو خالته يكون زوجها عمه ، أو أخته لأمه يكون زوج أخته هذه أخا

---

(١) زاد المعاد، جـ٤ ص ١٣٠ ، نيل الأوطار، جـ٧ ص ١٣٨.
(٢) بدائع الصنائع، جـ٥ ص ٢٢٥٦.

للطفل لأبيه[١].

ففى هذه الصورة وأمثالها لايكون تزويجها مانعا من ثبوت حقها فى الحضانة لأنها تمسك الطفل عند من يعطف عليه فى غالب احواله وليس من شأنه أن يمقته ويبغضه.

والمحرمية المقصودة هنا:

هى المحرمية من جهة الرحم لا من جهة المصاهرة أو الرضاع ، فلو تزوجت الحاضنة بعم الصغير رضاعا فانها لاتستحق الحضانة لأنه يعتبر أجنبيا عن الصغير[٢].

فقد نص الفقهاء على أن الحاضنة اذا تزوجت بمحرم من الرضاع سقط حقها فى الحضانة ، من غير اعتبار لهذه المحرمية ، لأن المحرمية المعتبرة فى باب الحضانة هى المحرمية من جهة الأم ، لا من جهة المصاهرة فالأب والجد والأخ الشقيق والأخ لأم والعم كل هؤلاء رحم محرم ويعتبرون فى الحضانة.

فاذا تزوجت أم المحضونة بابن عم الصغيرة من الأب ، وهو رحم لها من المصاهرة -لأنه زوج امها ودخل بها- سقط حق الأم فى الحضانة الا لذى رحم محرم ، وارادوا بالمحرمية فى قولهم ، المحرمية عند اشتراطهم فى الحاضنة ، الا تكون متزوجة بغير رحم محرم للمحضون إن المراد من المحرمية من جهة الرحم ، وفرعوا على ذلك أن الأم اذا تزوجت بمحرم غير رحم كالعم رضاعا ، أو رحما من النسب محرما من الرضاع كابن عم المحضون نسبا -وهو عمه رضاعا- فهو كالأجنبى وزواج الأم به مسقط لحقها فى الحضانة[٣].

---

(١) حاشية الدسوقى، جـ٢ ص ٥٣.

(٢) لايكتفى الإمام مالك بكون من تتزوجه الأم الحاضنة مطلق نسيب ولاحتى رحما محرما ، بل يشترط أن يكون بين الزوج والطفل قرابة ولادة بأن يكون جدا له.

(٣) نصر الجندى، جـ١٩ ص .

مناقشة أدلة الجمهور:

ناقش أصحاب المذاهب الأخرى أدلة الجمهور بما يلى:

أولا: السنة:

استدلالكم بقول الرسول - ﷺ -«انت احق به مالم تنكحى» على مدعاكم مردود لأنه صحيفة عن عمرو بن شعيب[1]، فهو حديث ضعيف لايحتج به.

الرد على هذه المناقشة: «لانسلم لكم القول بأن هذا الحديث ضعيف غير مقبول فقد قال عنه صاحب نيل الأوطار: «فقد قبله الأئمة وعملوا به» ، وقال عنه جمهور الفقهاء: «ان حكمه يشبه الاجماع»[2]، وقد اخرجه البيهقى والحاكم وصححه ، فلا يلتفت إلى القدح فيه.

مناقشة أدلة الظاهرية ومن معهم:

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتى فى حجوركم﴾ غير مسلم لأن هذا القيد غير مقصود عند جمهور المفسرين حيث الربيبة تحرم على زوج امها بالدخول بالأم سواء كانت فى حجرة أم لم تكن كما أن الربيبة حين تكون مع امها قد تكون بعد سن الحضانة عند بعض الفقهاء فيكون الاستدلال فيه نظر وعلى فرض صحته فلعل المراد حين لم يكن هناك أب أو وصى[3].

---

(١) المحلى، جـ١٠ ص ٣٢٦.
(٢) نيل الأوطار، جـ٨ ص ١٥٦ ، سبل السلام، جـ٣ ص ٤٤٦.
(٣) المجموع، جـ١٨، ص ٣٢٥.

وأما كون زينب بنت أم سلمة ظلت مع امها عندما تزوجها رسولنا محمد - ﷺ- وقد اقرها الرسول على ذلك.

أولا: ربما لم يكن هناك من النساء من تستحق الحضانة خالية بدون زوج.

ثانيا: من تتمنى ان تربى فى حجر رسول الله -ﷺ-.

ثالثا: وايضا فانه طالما لايوجد نزاع حول حضانة الولد فلا مشكلة وما استدللتم به ليس فيه نزاع حول قيام الأم المزوجة بحضانة ولدها ولم يذكر فى القصص المذكورة انه قد حصل نزاع فى ذلك فلا دليل على المدعى(١).

وأما استدلالهم من المعقول فمردود:

لأن القرابة والرحم لهما أثر فى حصول الشفقة ونمو المحبة فثمة فرق بين الرحم وغيره(٢).

واعترض على ما استدل به أصحاب القول الثانى من السنة:

بأن مجرد بقاء الولد مع أمه حاضنته مع الزوج الأجنبى لايعتبر دليلا على عدم سقوط حقها لأن مجرد البقاء مع عدم المنازع لايحتج به -لاحتمال أنه لم يبق له قريب يطالب بحضانته غيرها-(٣).

واعترض على ما استدل به أصحاب القول الثالث:

بأن ما استدلوا به من السنة لايسلم لهم ، لأن الرسول -ﷺ- قضى فى ابنة حمزة بأحقية خالتها فى الحضانة ، لأن زوجها من أهل الحضانة ولعدم وجود من يساوية فى استحقاق الحضانة سوى على بن أبى طالب واذا كان جعفر بن

---

(١) سبل السلام، جـ٤ ص ٢٢٧ ، نيل الأوطار، جـ٨ ص ١٥٧ ، طبعة مكتبة القاهرة.
(٢) المجموع، جـ١٨، ص ٣٢٥.
(٣) سبل السلام، جـ٣ ص ٤٦٦.

[illegible] طالب [illegible] من باب أولى.

والحكم في شأن الخالة لايلزم في الأم مثله كما أنه لايوجد دليل على التفرقة بين الذكر والأنثى(٢).

مناقشة ما استدل به اصحاب القول الرابع:

وأما استدلالكم بحديث ابنة حمزه وأن النبي - ﷺ - قضى بها لجعفر ابن ابى طالب لوجود خالتها عنده.

فالحديث ضعيف لايحتج به لأنه مروى عن اسرائيل بن اسحاق عن هانى وجبيرة وهما مجهولان فان قلتم قد روى من طرق اخرى يقوى بعضها بعضا.

قلنا لكنه في الطرق الأخرى مرسل والمرسل لايحتج به فضلا عن أن في رواته من هو ضعيف مثل أبو فروة وهو مسلم بن سالم الجهني وهو غير معروف.

وكذا قوله - ﷺ - الخالة أم ليس بالقوي بل هو ضعيف السند فلم يرد نص صحيح يعول عليه يعارض ما استدللنا به من كتاب وسنة.

وعلى فرض صحته فلعله كان الأنفع والأصلح لابنة حمزة ولذا قضى رسول الله - ﷺ - بها لجعفر من أجل خالتها لكن ذلك لايقوى على معارضة النصوص العامة(٢).

الرأي الراجح:

أرى رجحان ماقال به جمهور الفقهاء وهو سقوط حق الأم في حضانة ولدها ذكرا كان أو أنثى إذا تزوجت بأجنبي عن الصغير.

---

(١) - [illegible]

(٢) المحلى، جـ١٠ ص ٣٢٦.

ولكن يجب الأخذ فى الاعتبار ما قرره ابن عابدين: «انه قد يكون زوج الأم من الأجانب فى بعض الأحيان اكثر عطفا وشفقة على الصغير من أقاربه ، فعلى القاضى أن يراعى مصلحة الطفل حيث كانت ولايحل له أن يحكم بنزع الصغير من أمه اذا كان ذلك ليس فى مصلحته لأن مدار الحضانة على نفع الولد وتحصيل الخير له»(١).

وأرى تحديد مدة لاتزيد عن سنة لصاحب الحق فى الحضانة اذا لم يطلب فيها حقه فى الحضانة يسقط(٢).

ولما كانت الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان ومن الأسس التى بنى عليها التشريع الإسلامى تحقيق المصالح للناس جميعا دون فرق بين انسان وآخر.

كما أنه من الأسس التى راعتها الشريعة الإسلامية تحقيق العدالة بين الناس جميعا.

كما أنه من القواعد الفقهية المعمول بها قاعدة «لاضرر ولاضرار» و «الضرر يزال» و «الضروريات تبيح المحظورات» و «العادة محكمة».

لكل هذا أرى اطلاق الرأى لقاضى الموضوع الذى يفصل فى النزاع الخاص بالحضانة على ضوء هذه الاعتبارات فيضع أولا رأى الجمهور نصب عينيه ثم ينظر إلى ما فيه مصلحة الولد خاصة وان هناك صور تدخل فى حالات الضرورة.

---

(١) حاشية ابن عابدين [illegible] لأن مدار الحضانة [illegible]

(٢) وقد نص المشروع الكويتى للأحوال الشخصية على أنه: «اذا تزوجت الحاضنة بغير محرم للمحضون ودخل بها الزوج تسقط حضانتها ، وأنه اذا سكت من له الحق فى الحضانة مدة سنة بلا عذر بعد علمه بالدخول يسقط حقه فى الحضانة» ، يراجع: الأحوال الشخصية فى التشريع الإسلامى، أ.د. احمد الغندور، مكتبة الفلاح - الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ -

(١) محكمة الكوم الجزئية للاحوال الشخصية، قضى بتاريخ ١٩٨٨/٣/١٥م، فى الدعوى رقم، ٧٥ لسنة ١٩٨٧.

فاذا وجد أن المصلحة فى وجوده مع ابيه أو عصبته ابقاه معه إن كانت زوجة أبيه تعاملة بالحسنى.

وان وجد أن زوج أمه يشفق عليه ويعاملة بحب ورحمه أبقاه معه رعاية لمصحلة الصغير[١].

فزواج الأم من رجل آخر لايعد وحده سببا لاسقاط حقها فى الحضانة وانما الأمر يخضع للقاضى فله أن يبقى الصغير فى يد الأم كلما اقتضت مصلحة الصغير ذلك[٢].

---

(١) وقد قضى بأن تزوج الأم بأجنبى عن ولدها الرضيع وسقوط حقها فى حضانته بسبب ذلك. لايمنع القاضى من تركه فى يدها دون ضمه إلى أبيه متى رأى أن مصلحته فى هذا الترك. مبادئ القضاء الأحوال الشخصية، ص ٥٨٠.
وقد قضت بذلك محكمة الاسكندرية الابتدائية فى الدعوى رقم ٥١٥ لسنة ١٩٥٧م مستأنف بتاريخ ١٩٥٨/٢/١٧م وقد جاء بالحكم: «إذا كانت البنت المحكوم بضمها فى الرابعة من عمرها ولايوجد لها خاضنة من النساء سوى أمها المتزوجة بأجنبى فان الضرر المتوقع بها من وجودها مع والدتها أخف وأقل بكثير من الضرر الذى يصيبها من وجودها فى بيت ابيها المتزوج الذى سيعهد بها إلى زوجته بحكم انشغاله بعمله طول النهار -ذلك لأن حق الأم فى الحضانة وان سقط بزواجها بالأجنبى فقد يتعين للحضانة فى بعض الحالات».

(٢) حاشية ابن عابدين، جـ٢ ص ٦٥٧ ، وقد جاء فى أحد أحكام محاكم الاستئناف: «وقد اتضح من أوراق الدعوى والتحقيق فيها أن الأم قد تفرغت لرعاية ولديها مدة طويلة دون أن يتدخل والدهما لمشاركتها فى ذلك ولو حتى بالانفاق عليهما وقد ارتبط الوالدان بها ارتباطا وثيقا مما يحتم بقاءهما مع الأم واستمرار حضانتها لهما خاصة أنه لم يثبت أن زوج امهما يعاملهم معاملة سيئة بل على العكس من ذلك فلعلهما يجدان فيه ماحرمهما ابوهما من عطف ورعاية وحنان هما فى أشد الحاجة إليه بعد أن عاشا ظروفا صعبة».
وقضى أيضا بأنه: «وان كان من المسلم به ان تزوج الأم بأجنبى عن الصغير مسقط لحضانتها لأن زوج الأم من شأنه أن يعطى الصغير نذرا وينظر إليه شذوذا إلا أن القاضى يجب ان ينظر فى خصوص الوقائع ويحقق فى كل حالة مصلحة المحضون لأن مدار الحضانة على نفع المحضون ، وقد تكون مصلحته فى حالات ان يبقى مع امه ولايسلم إلى عاصبة اذا كان بهذا العاصب مايدعو إلى ذلك لأن الضرر الأخف يتحمل فى سبيل دفع الضرر الأشد وهذه قاعدة فى الاصول مسلمة» ، حكم محكمة المنيا الإبتدائية، الدعوى رقم ٣٤ لسنة ١٩٥٨، جلسة ١٩٥٨/٦/٢٣م.

الفرع الثاني

متى يسقط حق الأم
في حضانة ولدها بالزواج

اختلف جمهور الفقهاء القائلون بأن زواج الحاضنة يسقط حقها في الحضانة حول الوقت الذى يسقط فيه هذا الحق.

هل يسقط بمجرد ابرام عقد الزواج أم بالدخول الحقيقى اختلف الفقهاء على قولين:

١- فذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة والامامية والزيدية والاباضية[١]: إلى أن الحضانة تسقط عن الحاضنة بمجرد العقد ولو لم يتم الدخول الحقيقى.

٢- وذهب المالكية[٢]: إلى أن الحضانة لاتسقط عن الحاضنة بمجرد العقد بل يجب ان يتم الدخول الحقيقى.

ويرى الأستاذ الكبير/ محمد الحسينى الحنفى: «أن محل سقوط حضانة من تزوجت إنما عند مطالبه من يليها من استحقاق الحضانة بحضانته ، أما اذا لم يطالبها بذلك أحد ممن له ولاية المطالبة فان الولد يبقى معها لأن أهليتها لم تنعدم وكل مافى الأمر أن غيرها يكون أولى منها.

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ٣ ص ٥٦٣ ، حيث جاء فيها: «والحاضنة يسقط حقها بنكاح غير محرمة أو الصغير سواء دخل بها أو لا» وجاء عند الحنابلة: «ولاحضانة لمزوجة بأجنبى من محضون من حين العقد» الروض المربع، جـ٢ ص ٣٢٩ ، الأم، جـ٥ ص ١٨٣ ، روضة الطالبين، جـ٩ ص ١٠٠ ، مغنى المحتاج، جـ٣ ص ٤٥٥ ، المغنى والشرح الكبير، جـ٩ ص ٢٧٩ ، طبعة دار الفد العربى، التاج المذهب، جـ٢ ص ٢٧٠ ، المختصر النافع، ص ١٩٤ ، شرح النيل، جـ٧ ص ٤١٠.

(٢) حاشية الدسوقى، جـ٢ ص ٥٢٩ ، الشرح الصغير، جـ١ ص ٤٥٣ ، شرح الخرشى، جـ٤ ص ٢١٣.

أدلة أصحاب القول الأول:

استدلوا على سقوط حق الحاضنة فى حضانة الولد بمجرد ابرام عقد زواجها بما يلى:

* أن النكاح حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء بدليل ، قوله سبحانه وتعالى: ﴿فانكوهن بإذن أهلهن﴾[1]. فالمفهوم هنا أن ا لوطء لايباح بالإذن فيكون المقصود هو العقد.

* أن النكاح يصح نفيه عن الوطء فيقال فى الزنا سفاح لانكاح وصحة النفى دليل المجاز.

* الوطء يستقبح ذكره كما يستقبح فعله ، والعقد لايستقبح فلا يكنى بالمستقبح عن الذى لايستقبح.

* لفظ النكاح أحد طرفى صيغة عقد التزويج. فيقول الموجب انكحتك ويقول الطرف الآخر قبلت فهو دليل على أن لفظ النكاح حقيقة فى العقد كما أن طرف الصيغة الأخرى حقيقة فيه.

* إن قول الرسول - ﷺ - فى حديثه الشريف: «أنت احق به مالم تنكحى» جاء مطلقا ولم يقيد بالدخول. فتقييد سقوط الحضانة بالدخول الحقيقى تقييد بدون مقيد وهو غير جائز.

* لأن الزوج بموجب العقد يملك أن يمنعها من الحضانة لأنه ربما يرى أن فى اهتمامها بالولد انشغال عنه وهذا وحده يكفى لسقوط استحقاقها فضلا عن

---

(١) سورة النساء الآية: ٢٥ ، وقالوا ليس فى القرآن لفظ نكاح بمعني الوطء الا فى قوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجا غيره﴾ سورة البقرة الآية: ٢٣٠ ، ويراجع نهاية المحتاج، جـ٦ ص ١٧٣، المغنى، جـ٧ ص ٣٣٣ ، ومن استعمال النكاح فى العقد قول الاعشى:

ولاتقربن جارة ان سرها ∴ عليك حرام فانكحن أو تأبدا

يريد بكلمة نكاح الزواج.

انشغالها عن الصبى بتهيئة نفسها للحياة الجديدة.

* كما أن ا لزوج يملك الاستمتاع بها بعد العقد لأن النكاح اصبح متحقق الوجود دخل بها أو لم يدخل وهذا الاستمتاع يتطلب الانشغال عن الولد وهو يسقط الحضانة.

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل المالكية ومن قال برأيهم: «على أن حق الحضانة لايسقط عن الحاضنة بزواجها من أجنبى إلا بالدخول الحقيقى لما يلى:

* أن لفظ النكاح ورد فى القرآن الكريم والسنة النبوية بمعنى الوطء مالم يصرفه عن ذلك صارف من القرائن.

قال تعالى فيمايختص بالمطلقة ثلاثا حينما يرغبان فى الزواج مرة أخرى: **﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾**[١].

وقال - ﷺ-: «**تناكحوا تكاثروا**»[٢].

وقال - ﷺ-: «**يحل للرجل من امرأته الحائض كل شئ إلا النكاح**»[٣]. يعنى الوطء.

وقد جاء فى لسان العرب[٤]: «انكحنا الغرا فسنرى» أى اضربنا فحل حمر الوحش امه فسنرى مايتولد منهما. يضرب مثلا للتحذير من سوء العاقبة.

وقال الأزهرى: «أصل النكاح فى كلام العرب الوطء وقيل للتزويج لأنه سبب للوطء.

---

(١) سورة البقرة الآية: ٢٣٠.
(٢) سبل السلام، جـ٣ ص ١١١.
(٣) رواه البخارى ومسلم ، فتح البارى> جـ١ ص ٤٠٣ ، كتاب: الحيض ، الباب الخامس.
(٤) لسان العرب، جـ٣ ص ٩٨.

فالكلمة فى أصل وضعها اللغوى للوطء قد ابقاها الشارع على أصل وضعها واستعملها فيه[١].

* بالدخول الحقيقى يحصل الانشغال من الحاضنة عن الطفل والانشغال هو العلة فى اسقاط حقها فى حضانة الولد اما قبله فلا يحدث ذلك الانشغال[٢].

* زواج الحاضنة بغير والد الصغير معرض للفشل فاذا قلنا أن حقها فى حضانة ولدها يسقط بالعقد فسيتم تبعا لذلك نقل حضانة الطفل إلى أخرى من الحواضن. ثم بعد طلاقها مثلا قبل الدخول تعود اليها حضانة الطفل.

ولايخفى أن الطفل اذا انتقل إلى اخرى ثم اعيد إلى حاضنته الأولى فيه اضرار به.

الراجــــــــح:

ماذهب إليه جمهور الفقهاء وهو سقوط الحضانة عن الحاضنة بمجرد العقد عليها.

* لأنه بمجرد العقد يصبح من حق الزوج الاستمتاع والاختصاص بزوجته التى عقد عليها. كما أن له أن يمنعها من حضانة ولدها لتتفرغ له.

* والعقد عنوان زواجها ، فربما يقيم عندها فى بيتها وتدعى انه لم يدخل بها بعد كحيلة لعدم سقوط حقها فى الحضانة.

* وقد ذهب القاضى من الحنابلة إلى أن لفظ النكاح حقيقة فى الوطء والعقد جميعا[٣].

---

(١) فتح القدير، جـ٣ ص ٩٨ ، وقال فى المصباح المنير، جـ٢ ص ٢٩٥: «نكحها: اذا وطئها أو تزوجها» ومن استعمال النكاح فى الوطء قول الشاعر:

ومن أيم قد انكحتنا رماحنا ∴ واخرى على خال وعم تلهف.

يريد وطء أسيرات الحرب وقد عبر عن وطئهن بكلمة: انكحتنا.

(٢) شرح الخرشى، جـ٤ ص ٢١٣.

(٣) قال صاحب المغنى: «هذا يفضى إلى كون اللفظ مشتركا وهو على خلاف الاصل» (=)

ولكن الراجح أن النكاح حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء لأنه يستند إلى ادلة شرعية.

خاصة وان تعريف النكاح فى الاصطلاح الفقهى «انه عقد بين الزوجين يحل به استمتاع كل منهما بالآخر»[1].

الفرع الثالث

هل يعود حق الحضانة للحاضنة اذا طلقت اومات عنها زوجها ومتى يعود هذا الحق

اختلف الفقهاء فى ذلك على قولين:

١- ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والإمام احمد وبعض المالكية والإمامية[2]: إلى أن حق الحضانة يعود إلى الحاضنة اذا طلقت من زوجها أو مات عنها.

٢- ذهب المالكية[3]: إلى أن الحضانة لايعود للحاضنة اذا سقط عنها بالتزوج ثم طلقت أو مات عنها زوجها.

(=) المغنى، جـ٧ ص ٣٣٣ ، ويقال للمرأة: حللت فانكحى -أى فتزوجى ، واستنكحى بمعنى نكح- ونكح المطر الأرض اذا اختلط بثراها ، وعلى هذا فيكون النكاح مجازا فى العقد ، والوطء جميعا ، لأنه مأخذ من غيره فلا يستقيم القول بانه حقيقة لافيهما ولا فى احدهما. القاموس المحيط، جـ١ ص ٢٥٢ ، تاج العروس، جـ٢ ص ٢٤٣ ، الصحاح، جـ١ ص ٤١٣.

(١) يراجع شرح فتح القدير، جـ٣ ص ١٨٦ ، بلغة السالك، جـ١ ص ٣٤٧ ، نهاية المحتاج، جـ٦ ص ٥ ، كشاف القناع، جـ٥ ص ٥.

(٢) حاشية ابن عابدين، جـ٣ ص ٥٦٥ ، فتح القدير، جـ٣ ص ٣١٦ ، نهاية المحتاج، جـ٦ ص ٢٧٤ ، الأم، جـ٥ ص ٨٣ ، المغنى والشرح الكبير، جـ٩ ص ٢٨٢ ، طبعة دار الغد العربى. وجاء فى الروضة البهية: «ولو تزوجت الأم بغير الأب مع وجوده كاملا "أى غير رقيق أو كافر أو مجنون" سقطت حضانتها للنص والاجماع فان طلقت عادت الحضانة على المشهور».

(٣) المدونة الكبرى، جـ٢ ص ٣١٤ ، حاشية الدسوقى، جـ٢ ص ٥٣٢.

استدل جمهور الفقهاء:

١- بقول النبى - ﷺ-: «أنت احق به مالم تنكحى».

فعبارة **«مالم تنكحى»** للتعليل وأن علة سقوط الحضانة هو التزوج فمتى حصل الطلاق ، فقد زالت العلة ، وبزوالها يعود الحق لأن الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما.

٢- من المنصوص عليه شرعا أن حق الحضانة يعود للحاضنة اذا زال المانع والمانع هنا كان الزواج -وكان فيه امساك للولد فى بيت المبغضين له وقد ارتفع هذا المانع وزالت ولاية الزوج الأجنبى عن الحاضنة ومن ثم لايكون هناك ضرر على الصغير.

٣- قياسا على الناشز حين تسقط نفقتها بنشوزها ثم تعود إليها ثانية بعودتها إلى منزل الزوجية.

ولكن مانع الزواج هنا ليس من قبيل عود الساقط حتى يقال ان الساقط لايعود[١].

وقد أفتت بذلك دار الإفتاء المصرية فى فتوى لها بتاريخ ١٩٤٤/٤/٦م جاء فيها: «نفيد أنه قد جاء فى الدر من باب الحضانة من الجزء الثانى نقلا عن البحر. "واذا اسقطت الأم حقها صارت كميتة أو متزوجة فتنقل للجدة"».

وعلق على ذلك ابن عابدين فى رد المحتار بمانصه: «أى تنتقل الحضانة لمن يلى الأم فى الاستحقاق كالجدة أن كانت والا فلمن يليها فيما يظهر واستظهر الرحمتى ان هذا الاسقاط يدوم فلها الرجوع لأن حقها يثبت شيئا فشيئا فيسقط الكائن لا المستقبل - انتهى-».

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٣ ص ٥٦٦.

أى فهو كاسقاطها القسم لضرتها فلا يرد أن الساقط لايعود لأن العايد غير الساقط بخلاف اسقاط حق الشفعة.

ثم رأيت بخط بعض العلماء عن المفتى أبو السعود: «مسألة فى رجل طلق زوجته ولها ولد صغير منه وأسقطت حقها من الحضانة وحكم بذلك حاكم. **فهل لها الرجوع بأخذ الولد؟** الجواب نعم لها ذلك فان اقوى الحقين فى الحضانة للصغير ولئن اسقطت الزوجة حقها فلا تقدر على اساقط حقه ابدا» انتهى من رد المحتار.

هذا ولافرق بين الجدة والأم فى هذا الاسقاط فكما للأم بعد الاسقاط ان ترجع كذلك الجدة أم الأم اذا اسقطت حقها فلها ان ترجع لما علل به الرحمتى ما استظهره.

وقد قضت بذلك محكمة بندر شبين الكوم[1]: «وحيث أنه من المقرر شرعا أن حضانة الصغير ورعايته من قبل والديه لأنهما أقرب الناس إليه عادة وأقربهم شفقة وحنانا عليه فجعل الشارع الحكيم أمر رعايته وتربيته عليهما وجعل الأم أحق بحضانة الصغير فى حياته الأولى لأنه بحاجة إلى خدماتها وهى أعظم صبرا عليه فى هذه المرحلة وليس للأب مثل شفقتها عليه فى تلك الفترة فاذا بلغ الصغير سن العاشرة أو الصغيرة سن اثنى عشر عاما انتهت حضانة الأم أو الحاضنة لهما لاستغنائهما عن خدمة النساء واحتياجهما إلى من يحافظ عليهما وتربيتهما والأب علي ذلك أقوى وأقدر ولذا يسلم الصغير أو الصغيرة بعد بلوغهما سن الحضانة إلى الأب أو من يليه من العصبات فى حالة عدم الأب لأن مدار الحضانة هو نفع المحضون فمتى تحقق نفعه وجب المصير إليه».

---

(١) حكم محكمة شبين الكوم الجزئية للاحوال الشخصية، قضى بتاريخ ١٩٨٨/٣/١٥م . فى الدعوى رقم، ٧٥ لسنة ١٩٨٧.

وحيث انه اعمالا لما سلف ولما كان الثابت أن المدعية قد طلقت من زوجها الذى كان يحول دون حقها فى حضانة صغيرها وأنها الآن خالية من الزوج الأجنبى عن الصغير ومن ثم فان حقها فى حضانتها لابنها يعود إليها طالما كان الصغير فى السن القانونى للحضانة.

واستدل المالكية على ماذهبوا إليه:

* بأن عبارة «مالم تنكحى» فى حديث رسولنا الكريم ليست للتعليل -بل للتوقيت بمعنى ان حق الحاضنة فى الحضانة مؤقت إلى حد نكاحها ، فاذا نكحت انقضى وقت الحضانة فلا تعود بعد انقضاء وقتها.

ومثله انقضاء حق الحضانة ببلوغ الطفل واستغنائه عن الحاضنة ومتى انقضى حق الحضانة بالاستغناء لايعود ما دام الولد هكذا.

فكذلك لايعود لمن تزوجت بالطلاق أو موت الزوج.

الرأى الراجح:

مما لاشك فيه أن الاسلام يحث على الزواج ، لأنه يحث على الفضيلة ، وكل قانون لايكون من أهدافه تشجيع الزواج ، أو تؤدى أحكامه إلى تقييد الزواج بطريق مباشر أو غير مباشر ، يكون قانونا مخالفا لمبادئ الشريعة الإسلامية.

فزواج الحاضنة كان بمحض ارادتها وبتأييد من الشريعة الإسلامية وقد زالت عنها الحضانة بسبب زواجها من اجنبى عن الولد فان مات هذا الزوج الأجنبى فارى ان تعود اليها الحضانة اذا كان الولد مازال فى سن الحضانة لأن موت الزوج سبب لادخل لها فيه أما ان طلقت فأرى عدم عودة الحضانة إليها لأن الطلاق لها دخل فيه بالاضافة إلى أن تغيير الحاضنات على الولد له تأثيره المباشر فى تكوينه وتربيته.

كما انها سترغب فى الزواج مرة اخرى نكاية فى من طلقها ، على عكس المتوفى عنها زوجها قد يكون عودة الحضانة إليها تخفيفا لموت زوجها.

وعلى القول بعود حق الحضان إلى الحاضنة هل يعود بعد طلاقها مباشرة أم يشترط انقضاء العدة:

اختلف الفقهاء على قولين:

١- ذهب الحنفية والمزنى من أصحاب الشافعى واحدى الروايات عن الإمام أحمد[١]: إلى أن حق الحضانة يعود للحاضنة فى حالة طلاقها بشرط أن يكون الطلاق بائنا فاذا كان الطلاق رجعيا فلاتعود الحضانة إليها الا بعد أن تنقضى العدة.

٢- وذهب الشافعية فى القول الآخر وبعض الحنابلة[٢]: إلى أن الحق فى الحضانة يعود للحاضنة بمجرد الطلاق بائنا أو رجعيا دون انتظار إلى انقضاء العدة. بشرط ثبوت الطلاق بوثيقة أو بتصديق زوجها لها فيه.

الأدلـــة:

١- استدل الحنفية ومن معهم على أنه لاتعود الحضانة للمطلقة إلا اذا كان الطلاق بائنا.

لأن ولاية الزوج على زوجته تظل فى فترة العدة من الطلاق الرجعى ويكون لها كل الحقوق وللزوج مراجعتها.

فيظل انشغالها قائم وضرر حضانتها للولد مؤكد لأن المطلقة غير طليقة فى رعاية شئون المحضون.

أما فى حالة الطلاق البائن فقد زال المانع من الحضانة وزال امساك الولد

---

(١) حاشية ابن عابدين، جـ٣ ص ٥٦٦ ، مغنى المحتاج، جـ٣ ص ٤٥٦ ، والمغنى والشرح الكبير، جـ٩ ص ٢٨٢.

(٢) نهاية المحتاج، جـ٦ ص ٢٧٤ ، الأم، جـ٥ ص ٨٣ ، كشاف القناع، جـ٣ ص ٣٢٨.

في بيت المبغضين له وزالت ولاية الزوج الأجنبى على الحاضنة ومن ثم لايكون هناك ضرر على الولد.

٢- واستدل الشافعية ومن معهم على أنه تعود الحضانة للمطلقة بمجرد الطلاق دون انتظار إلى انقضاء فترة العدة.

لأن علة سقوط الحضانة عن الحاضنة وهو الزواج قد زالت بالطلاق ، والمطلقة ، رجعيا تعتبر مطلقة لأنها معزولة عن مطلقها في فراشه وليست مشغولة بحوائجه.

الترجيح:

أرى رجحان مذهب الحنفية ومن معهم ، فلا تعود الحضانة إلى المطلقة إلا إذا كان الطلاق بائنا وبعد انقضاء فترة العدة.

وذلك حتى تكون الأمور قد حسمت واستقرت بشكل نهائى لاتذبذب فيها وتأرجح مما يضر بنفسية الصغير. فلا شك أن انتزاعه ثانية من حضانة امه اذا اعادها من طلقها رجعيا ستكون اقسى على نفسيته ومشاعره مما لو ترك في خلال هذه الفترة فى حضانة من هو فى حضانته.

وأرى فى حالة رفع الزوجة دعوى لطلب الطلاق للضرر أن تعود إليها الحضانة عند الحكم لها دون انتظار الدرجات الأخرى من التقاضى لانها تطول وبالتالى ينقضى سن الحضانة.

ولو أن الزوجين تصادقا على الطلاق لكن ثبت معاشرتها للزوج بعده لم يعد إليها حقها فى الحضانة ، إذ أنه تبين من هذه المعاشرة أن الطلاق السابق صورى أريد منه التحايل على استعادة الأم حقها فى الحضانة ، وعلى فرض أنه طلاق حقيقى فان مجرد معاشرة الأجنبى عن الصغير كافية فى اسقاط الحضانة عن الحاضنة[1].

---

(١) الفتاوى الهندية، جـ١ ص ٥٤٣ ، وحكم محكمة مصر الابتدائية الشرعية فى ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٤م ، المحاماة الشرعية س٦ ع ٣ ، ٤ ، ٥ ، ص ٣٩٤ - ١١٠.

المطلب الثانى

أن تكون الحاضـــنة ذات رحم محرم للمحضون

وذلك كأمه واخته وخالته وعمته وجدته ونحوهن فلو كانت الحاضنة أجنبية عن الصغير غير قريبة له لايثبت لها حق الحضانة حتى ولو كانت محرمة عليه كأمه واخته من الرضاع.

وكذلك لو كانت قريبة للصغير ولم تكن محرما له كبنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات فانها لاتكون أهلا للحضانة لعدم المحرمية.

وقال ابن عابدين: «لهن الحق فى حضانة الانثى إذا لم يكن ثمة عقبات[1] وليس لهن الحق فى حضانة الصغير اذا كان ذكرا».

لكن كتب المذهب المعتمدة اشترطت القرابة المحرمية لاستحقاق النساء الحضانة مطلقا.

وهذا بناء على أن القرابة المحرمية فى النساء هى التى يتوفر فيها كمال الحنو والشفقة الكاملة ، وهما أساس استحقاق الحضانة[2] دون سواهما من الحاضنات.

واشترط الشافعية: أن تكون الحاضنة مرضعا للطفل ان كان الطفل رضيعا فان لم يكن لها لبن أو امتنعت عن الإرضاع فلاحضانة لها.

وقيل لايشترط ذلك ويكلف الأب باستئجار مرضعة ترضعه عند الحاضنة.

وأجيب بأن فى استئجار مرضعة تترك منزلها وتنتقل إلى منزل الحاضنة عسرا عليه فلا يكلف بذلك[3].

---

(١) يعنى أنه لو فرض ان المحضون ذكرا لم يكن لها أن تتزوج منه.

(٢) تبيين الحقائق، جـ٢ ص ٤٧ ، فتح القدير، جـ٣ ص ٣١٦ ، الاختيار، جـ٤ ص ٢١.

(٣) الخرشي، جـ٤ ص ٢١٥.

المبحث الثانى

الشـــروط الخاصــــة لاستحقاق الرجال للحضانة

تمهيد وتقسيم:

حضانة الرجال للذكور لاتثير مشاكل غير انه يشترط فى الحاضن أن يكون من ا لعصاب.

إلا أن حضانة الرجال للأنثى هى التى اثارت خلافا بين الفقهاء اذا كان الحاضن غير محرم.

واتحدث هنا عن الشروط الخاصة بالرجال فى المطالب الثلاثة الآتية:

المطلـــب الأول: أن يكون الحاضن من العصبات على ترتيب الارث اذا كان المحضون ذكر.

المطلـب الثانى: أن يكون ذا رحم للمحضون اذا كان المضحون انثى.

المطلب الثالث: أن يكون عند الحاضن من يصلح للقيام باعباء الحضانة من النساء.

المطلب الأول

ان يكون الحاضن من العصبات
على ترتيب الارث
اذا كان المحضـــون ذكرا

إذا لم يوجد أحد من النساء لتكون حاضنة أو كانت موجودة ولكنها غير مستوفية لشروط اسحقاق الحضانة فانها تنتقل إلى العصبة من الرجال بترتيب حسب ترتيبهم فى الميراث وهذا الترتيب معمول به أيضا حالة انتهاء فترة حضانة النساء للصغير واحتياجه لضم أو لحضانة الرجال.

لأن مبنى استحقاق الحضانة للرجال عند عدم النساء الصالحات لها منظور إليه على أساس قوة القرابة التى تحمل على الشفقة على الصغير والحدب عليه[١].

فيشترط أن يكون الحاضن وليا للمحضون كالأب والوصى والمقدم له كالأخ وابنه والجد والعم وابنه ويلحق بالعاصب الأخ للأم وابنه والعم للأم وابنه والجد للأم.

ولافرق بين أن يكون الولى أو العصب محرما كالأب والعم أم لا كالوصى وابن العم كما أنه لافرق بين أن يكون ذا رحم كابن العم أم لا كالمقدم فان لم يكن وليا ولا عاصبا ولاملحقا بالعاصب فلا حضانة له ولو كان محرما كالخال.

والعصبات من الرجال بحسب ترتيب الاستحقاق فى الميراث مع مراعاة تقديم الجد الصحيح على الأخوة:

ويكون ترتيب هؤلاء كالآتى:

١- الأب.

---

(١) احكام الأسرة فى الفقه الإسلامى، أ.د. محمد محمد فرحات، ص ٥٨٢.

٢- الجد لأب وان علا.
٣- الأخ الشقيق.
٤- الأخ لأب.
٥- ابن الأخ الشقيق.
٦- ابن الأخ لاب.
٧- العم الشقيق.
٨- العم لأب.
٩- عم الأب الشقيق.
١٠- عم الأب لأب.
١١- ابن العم الشقيق.
١٢- ابن العم لأب.

ومحارم الصغير من الرجال غير العصبات:

اذا لم يوجد أحد من الحاضنين العصبات من الرجال أو وجد ولكن لاتتوافر فيه شروط الحضانة فان الحضانة تنتقل إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات.

بالترتيب الآتى:

١- الجد لأم.
٢- الأخ لأم.
٣- ابن الأخ لأم.
٤- العم لأم.
٥- الخال الشقيق.
٦- الخال لأب.
٧- الخال لأم.

فاذا لم يوجد أحد من الاصناف المتقدمة ، فان أمر المحضون يكون مخولا

للقاضى يسلمه إلى من يشاء شريطة ان يثق به القاضى ويعتقد أنه سوف يقوم بمصالح الصغير على أكمل وجه ويستوى الأمر سواء اختار القاضى من هو اهل لهذه الثقة من النساء أو الرجال.

المطلب الثانى

ان يكون ذا رحم للمحضون اذا كان المحضون انثى

إذا كان الحضان من العصبات وكان المحضون أنثى فهل يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للمحضونة.

فرق الفقهاء بين مرحلتين من حياة الأنثى المحضونة كما يلى:

المرحلة الأولى:

وهى مرحلة ماقبل الرغبة فيها ، بأن تكون غير مشتقهاه أو غير مطيقة وقد حددها الحنابلة والحنفية بما دون السابعة(١).

وقد اختلف الفقهاء حول استحقاق الحاضن الرجل للمحضونة الانثى على قولين:

القول الأول: وهو للشافعية والحنابلة وبعض الأحناف والمالكية(٢): لايشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للأنثى لانها غير مشتهاه طالما أنه مأمون عليها ، خاصة وان وقوع الفتنة مع هذه السن أمر بعيد.

القول الثانى: وهو لبعض الأحناف والزيدية: ويشترط أن يكون

---

(١) حاشية ابن عابدين، حـ٣ ص ٥٦٤ ، فتح ا لقدير، جـ٤ ص ٣٧٠ ، كشاف القناع، جـ٥ ث ٤٩٧ ، المغنى والشرح الكبير، جـ٩ ص ٣٠١.

(٢) مغنى المحتوق، جـ٣ ص ٤٥٣ ، نهاية المحتاج، جـ٧ ص ٢٣٨ ، المغنى، جـ٧ ص ٦٢٣ ، الروض المربع، جـ٢ ص ٣٢٩ ، فتح القدير، جـ٤ ص ٣٧٠ ، بلغة السالك، جـ١ ص ٥٢٩.

الحاضن ذا رحم محرم فى كل الحالات بدون اعتداد بسن الصغيرة حتى ولو كانت غير مشتهاه سدا لأسباب الفتنة.

الاانه اذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها فالقاضى يبقيها عنده اذا كان مأمونا عليها ولايخشى عليها الفتنة من وجودها عنده[١]. لأنه أولى من الأجنبى والحاكم[٢].

المرحلة الثانية:

وهى المرحلة التى تكون الصغيرة فيها مشتهاه أو مطيقة أو بلغت سن السابعة فاكثر.

وفى هذه المرحلة يشترط أن يكون الحاضن ذا رحم محرم للمحضونة وهو يكون كذلك بنسب أو مصاهره أو رضاع[٣].

ويرى الأحناف: أن ابن العم لاحق له فى ضم الجارية إليه لأنه رحم غير محرم. فلا يؤمن منه أن يطمع فيها ، فلهذا لا يكون له أن يضمها وإن كانت ولاية التزويج له باعتبار العصوبة[٤].

وأجاز الحنفية: اذا لم يكن للبنت عصبة غير ابن عمها جاز ابقائها عنده بأمر القاضى اذا كان مأمونا عليها ، ولايخشى عليها الفتنة منه[٥].

وكذلك أجاز الحنابلة: تسليمها لغير محرم ثقة اذا تعذر غيره.

وأجاز الشافعية: تسليمها لغير محرم ان رافقته بنته أو نحوها

---

(١) البحر الرائق، جـ٤ ص ١٦٩.

(٢) شرح منتهى الارادات، جـ٣ ص ٢٦٤.

(٣) قال فى جامع أحكام الصغار، جـ١ ص ١٠٢: «ولاحق لابن العم فى حضانة الجارية» ، وقال فى شرح منتهى الارادات: «ولاتسلم مشتهاه لغير محرم حذرا من الخلوة المحرمة».

(٤) المبسوط، للسرخسى، جـ٥ ص ٢١٢.

(٥) رد المحتار، جـ٢ ص ٥٦٤.

كأخته الشقة. وتسلم لها لا له ، إن لم تكن فى رحلة ، كما لو كان فى الحضر أما لو كانت بنته أو نحوها فى رحلة فانها تسلم إليه فتؤمن الخلوة[١].

الرأى الراجح:

أرى أن يكون الرجل الحاضن للأنثى المحضونة ذا رحم محرم لها فى كل مرحلة حياتها.

فاذا لم يكن كذلك سقطت عنه الحضانة وانتقلت إلى محارم الصغير من الرجال غير العصبات فاذا لم يكن للأنثى حاضنا منهم سلمت لامرأة ثقة امينة فاذا لم يوجد تسلم فى هذه الحالة إلى دار من دور رعاية الأيتام.

والسبب فى ذلك:

هو التحرز من الفتنة لأن القرابة غير المحرمية يحل معها الزواج فيخشى أن يترتب على حضانته لها أو ضمه لها بعد انتهاء حضانة النساء مفسدة.

المطلـــب الثالث

أن يكون عند الحـــاضن من يقوم بأعمال الحضانة من النساء

أشترط الفقهاء أن يكون عند الحاضن من أب أو غيره من يصلح للحضانة من النساء كزوجة أو أم أو خالة أو عمة ، اذ لاقدرة ولاصبر للرجال على أحوال الأطفال كما النساء.

فان لم يكن عند الرجل من يحضن من النساء فلا حق له فى الحضانة وهذا شرط عند المالكية[٢].

---

(١) مغنى المحتاج، جـ٣ ص ٤٥٩.
(٢) الخرشى، جـ٤ ص ٢١٢ ، بلغة السالك، جـ١ ص ٥٢٩.

واشترط المالكية أيضا:

الا يسافر ولى المحضون أو تسافر الحاضنة سفر نقلة ستة برد فاكثر.

فان اراد الولى أو الحاضنة السفر المذكور ، كان له أخذ المحضون من حاضنته إلا أن تسافر معه بشرط كون السفر لموضع مأمون وأمن الطريق ، وهو شرط يقيد شروط الحضانة للنساء[1].

(١) الخرشي، جـ٤ ص ٢١٢ ، والبرد جمع بريد والبريد العرب ١٢ ميل أو اربعة فراسخ تساوى ١٣٢ كيلو متر.

اهم نتائج وتوصيات البحث

اولا: أهم النتائج:

لقد جاء الإسلام رسالة شاملة لكل الناس وفى كل الاوقات ولم يكن كغيره من الرسالات السابقة التى جاءت لقوم بعينهم وفى زمن محدد ينتهى بانتهائهم.

قال تعالى: ﴿وما ارسلناك إلا كافة للناس بشيرا ونذيرا ولكن اكثر الناس لايعلمون﴾(١).

ولهذا فقد جاء الإسلام متكاملا وشاملا ، لكافة جوانب الحياة ، محددا وضابطا لحركة الإنسان مع غيره من الأفراد والجماعات ولحركته مع الكون. واضعا له الإطار الدائم والمستمر الذى يركن إليه فى ذلك ، وهو القرآن الكريم وسنة الرسول المصطفى محمد -ﷺ-.

ولما كان الإسلام دين الله الذى ارتضاه للناس كافة .

قال تعالى: ﴿إن الدين عند الله الإسلام وما اختلف الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ماجاءه العلم بغيا بينهم﴾(٢).

فقد جاء الإسلام متميزا يعمل على وجود التكامل الاجتماعى وتحقيق العدالة بين المسلمين وبعضهم وبينهم وبين غيرهم من أصحاب المذاهب والأديان الأخرى.

وبالالتزام بأحكام الإسلام فى الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التى حددها الله يكون النمو ويحقق المجتمع اقصى درجات الرفاهية والعدالة الاجتماعية.

---

(١) سورة سبأ، الآية: ٢٨.
(٢) سورة آل عمران الآية: ١٩.

ولقد اهتم الإسلام بحضانة الطفل واعتبرها حقا له.

وحرص على كفالته واهتم بأن ينشأ الطفل بين أقرب الناس له واحبهما واكثرهما حبا له وحرصا على مايصلحه.

ورتب الفقهاء من لهم حق الحضانة ترتيبا دقيقا يحقق هذه المصلحة وهذا النظام الإسلامى فى مجال رعاية الطفولة يعتبر أفضل الأساليب فى رعاية الطفل ويتلافى العديد من المشكلات حيث ينشأ الطفل فى اسره تكفل له تنشئة اجتماعية سوية يتعلم من خلالها مختلف الأدوار الأسرية بما يمكنه من أداء هذه الأدوار بشكل مقبول فيما بعد.

ويلاحظ فى مجال رعاية الطفولة ...

عدم اهتمام البعض بالقدر الكافي بتتبع سلسلة الحضانة والولاية على النفس واختيار الحل الأسهل وهو رعاية الطفل فى مؤسسة إيوائية بمختلف اشكالها سواء كانت هذه المؤسسة دار للرعاية الجماعية أو قرية أطفال على الرغم من المساوئ العديدة فى هذا الأسلوب من الرعاية حيث يفقد الطفل ميزة التنشئة الاجتماعية فى اسرة طبيعية يتشرب من خلالها كيفية الاعتماد على النفس شيئا فشيئا.

فرعاية الطفل فى اسرته أو فى أسرة بديلة افضل من رعايته فى دار لرعاية الاطفال حيث يعانى الأطفال فى هذه المؤسسات من العديد من المشكلات الاجتماعية والنفسية[1].

ومن الادلة على اهتمام الشريعة الإسلامية بحضانة الطفل

تأجيل تنفيذ العقوبة على الأم الحاضنة لمصلحة الطفل.

(١) ملاحظات نقدية من منظور إسلامى على بعض مجالات الخدمة الاجتماعية، أ.د. على حسين زيدان، ص ٤ ، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولى الرابع للتوجيه الإسلامى، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

فالأصل أن العقوبة تنفذ بعد الحكم بها دون تأخير ، لأن العقوبة شرعت للردع والزجر وترويع المجرمين.

والتأخير يذهب معنى الردع فيها لدى العامة أو على الأقل يضعفه وقد يموت الجانى فتضيع العقوبة.

إلا أن هناك أسبابا تقتضى منع التنفيذ مؤقتا بالنسبة لبعض العقوبات، فيؤخر التنفيذ حتى يزول المانع.

ونظرا لاهمية تربية الصغير فى الفقه الإسلامى فقد قررت احكام الفقه الإسلامى.

أنه لايجوز تنفيذ عقوبة القتل «الإعدام» على الحامل لئلا يهلك الولد من غير ذنب جناه ، فيؤجل قتلها إلى أن تضع حملها وتسقى ولدها اللبنا.

بل يؤخر التنفيذ ايضا حتى تفطمه من الرضاعة اذا لم يوجد ما يستغنى به عنها فى إرضاعه.

وكذلك لاتقطع ولاتجلد ما دامت حاملا حرصا على حياتها وحياة ولدها.

ومن خلال هذا البحث اتضح لى أن:

١- الأسرة تشكل اللبنة الأولى فى بناء المجتمع بالتالى اذا نظمت القواعد التى تسير عليها الأسرة على أسس ومبادئ وقيم دينية رفيعة ظل بناء الأسرة شامخا متماسكا لاتؤثر فيه عوامل التعرية ، يحمى كل من يأوى بداخله من كل تيارات الفكر المتطرفة والمتصارعة والسلوك الشاذ والمنحرف عن الطريق السوى.

٢- تقصير الاسرة فى رعاية الحدث هو نتيجة مباشرة للطلاق حيث يهمل الأب أولاده ويذهب إلى زوجة اخرى وتهمل الأم أولادها وتذهب إلى زوج آخر وبالتالى يذهب الصغار إلى الشرع والانحراف.

٣- رعاية رب العالمين للإنسان شملت كل مراحل حياته منذ أن كان جنينا من بطن امه ثم طفلا صغيرا وصبيا يافعا ، وشابا قويا ولقد رعاه رب العالمين فى كل حالاته سواء كان مريضا أم معافى ، سويا أم معاقا ، غنيا أم معسرا ، فردا أم جماعة ، مطيعا أم عاصيا ، حرا طلقيا ، أم سجينا أسيرا ، رجلا كان ام امرأة ، مسافرا كان أم مقيما ، وفى كهولته كانت قمة الرعاية.

٤- يبدأ تأثير الأسرة فى الطفل من خلال العلاقة الوثيقة التى تنشأ بين الأم والطفل ثم العلاقة بين الأب والطفل فى مرحلة لاحقه ثم تتسع دائرة العلاقة فيما بعد لتشمل العديد من أفراد الأسرة الكبار .

٥- لعل اكبر مآسى الطلاق هو انتشار ظاهرة مقايضة الأطفال بالطلاق أو بحقوق مابعد الطلاق كالمتعة والحضانة ، واصبح من الطبيعى جدا أن تحدث تنازلات ومقايضات لاترى فى الأطفال سوى ورقة للضغط على الطرف الآخر أو مجرد وسيلة للابتزاز دون مراعاة لمشاعرهم وكرامتهم بل دون اعتبار لانسانيتهم.

٦- الأولاد هم ثمرة الحياة الزوجية وغايتها وهم بهجة الدنيا وزينتها وهم العدة والمستقبل المرجو للأسرة.

من أجل ذلك عنى الإسلام بشأنهم وأهتم بأمرهم فشرع لهم من الحقوق ما يكفل سعادتهم ويحفظهم من الانحلال والفساد ومايهيئهم لحياة صالحة لعمارة هذا الكون الذى اراد الله عمارته إلى الوقت المقدر فى علمه تعالى.

فشرع لهم سبحانه احكاما للزواج واحكاما لثبوت النسب وأحكاما للرضاع واحكاما للحضانة واحكاما للنفقة واحكاما للتربية والحفظ والتوجيه وأحكاما لادارة المال والتصرف فيه.

٧- لقد جاءت الشريعة الإسلامية دعوة إلى الإنسانية الحقة والأخوه الصادقة التى يتحقق عن طريقها مجتمع فاضل وحاضر آمن ومستقل سعيد.

٨- الحضانة فى اللغة تطلق على الضم إلى الجنب الحاصل من كل ضام بحسب حالة فالأم تحضن ولدها فتحمله فى أحد شقيها فحضانة الأم ولدها هى ضمها إياه إلى جنبها واعتزالها إياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وامساكه وغسل ثيابه ، والطائر يحضن بيضه وهكذا.

٩- التعريف المختار للحضانة هو أنها «حفظ من لايستقل بامور نفسه بتربيته والقيام بمصالحه ممن له الحق فى الحضانة وجوبا فى الفترة الأولى من حياته حتى يسلم إلى أبيه أو من يقوم مقامه.

١٠- اثبتت التجارب فى عصرنا الحاضر مدى تأثير حضانة الأم على الطفل فى مراحل نموه ، وكيف أن الطفل الذى تتناوب تربيته عدة حاضنات تختل شخصيته وتتفكك ، ولاتنمو فيه مشاعر الحب والتعاون ، كما أن الطفل الذى لا والد له يعانى مركب النقص ، ويهرب من هذا الواقع بتخيل والد لاوجود له ، يتصل به فى الخيال ويصوره فى شتى الصور والاشكال ولايقتصر فقد الوالد على الوفاة بل يتعداه إلى الأب الحاضر الغائب ، أى الأب المنشغل عن أبنائه سواء قبل الطلاق أو بعده بالجرى والسعى فى الحياة الدنيا.

١١- دور الابوين معا فى تربية الولد هو ضرورى للقيام بواجبات الحضانة لكن اذا حدث الطلاق فدور الأم الحاضنة يزاد أهمية.

والأم الجيدة هنا يجب الا تبقى طفلها صغيرا وذلك عن طريق الحيلولة بينه وبين النمو الطبيعى السوى.

وهذه الأم لاينبغى أن تكافئ الطفل دائما على عجزه وعدم قدرته على الأداء السليم والإنجاز ، فعليها أن تثق بقدرته وأن لاتكون قلقة دائما عليه والا تبذر بذور القلق فى نفسه.

١٢- يترتب على افتقاد الطفل إلى من يشبع حاجاته مشاكل كثيره منها على سبيل المثال كثرة المتشردين والمتسولين الذين يفاجئون الناس فى الطريق

والاطفال الذين لامأوى لهم ، ولا كالئ يكلوهم ، وقد فقدوا كل رعاية اجتماعية من اسرهم إذا لا أسرة تمدهم بالعطف والحنان ، حتى يتكون منهم لبنات قوية تساهم فى بناء المجتمع ولكنهم ينشئون اعداء للمجتمع فيكون منهم المنحرفون الذين يستلبون أموال الناس ، فإن حال حائل دون أن يستلبوا هذا الأستلاب استلبوا الأرواح ليصلوا إلى مبتغاهم. ونتيجة لغياب دور الأب وعدم قيامه بمسئوليته ترتب على ذلك

* عمل الاطفال لمدة ساعات طويلة فى شغل منهك.

* توظيف اجبارى للأطفال فى ترويج المخدرات ومختلف الممنوعات والتجنيد فى عصابات السطو والنشل والحروب الأهلية.

* المتاجرة باجساد الاطفال الابريا ، متاجرة لاتعرف حدا بل تصل إلى استئصال اعضائهم من كلى وقلوب وأعين وبيعها إلى من يضعون فى مقابلها أغلى الأثمان.

* راجت فى السنوات الأخيرة المتاجرة الجنسية باجساد الأطفال ذكورا واناثا.

والمزع والمحزن أن أمر هذه الظاهره قد استشرى واستفحل إلى درجة أن الضحايا يعدون اليوم بمئات الآلاف ، نعم بمئات الآلاف ، والاحصائيات رسمية وذات صبغة دولية ليس فيها أدنى تهويل وترهيب والمطلق لصيحة الفزع خبراء ومختصون ومنظمات ذات باع طويل وخبرة واسعة فى الاشتغال بعالم الطفولة فى مختلف أوضاعها ومختلف اجناسها وألوانها وادياتها.

وازاء هذا التردى لابد أن تتحرك جميع الجهات لحماية الطفولة من الانحراف لان رجال الغد ونساء الغد هم أطفال اليوم وكما يكون هؤلاء الأطفال اليوم تكون مجتمعاتنا غدا.

* ولقد اشتمل الفقة الإسلامى على دعائم قررها الإسلام لاقامة مجتمع فاضل وبناء أسرة مترابطة وخاصة الزوجين.

وأحاط الأطفال برعاية كبيرة خاصة الطفل العاجز عن تحقيق مصالحه حيث اسند أمر رعايته إلى من يقوم بمصالحه ويحفظه حتى لايضيع ولقد جعل الفقه الإسلامى رعاية الطفولة والعناية بها وحمايتها من كل عدوان يمكن أن تتعرض له مسئولية الجميع بدون استثناء بداية بالأبوين ولذلك.

* فموضوع الولاية من الموضوعات الهامة فى الفقه الإسلامي وخاصة الولاية على النفس لأنها تتعلق برعاية النشئ منذ نعومة أظافرهم ، إذ يوجههم بالتهذيب ، والتأليف القلبى مع الجماعة لخيرها والابتعاد عما يقوض بنيانها فى أى ناحية من نواحيه فالشريعة الإسلامية تعتنى بالطفولة ومن يكونون فى عجزها وتحمى الضعفاء وتحذر من إهمال الآباء والدولة للصغار وأثر ذلك على المجتمع ، فرعاية الأطفال حق لهم.

* والحق فى الفقه الإسلامى هو ما أدى شرعا إلى اختصاص بسلطة أو مطالبة بفعل أو ترك.

* والحق فى القانون الوضعي هو ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها بطرق قانونية وبمقتضاها يتصرف الشخص متسلطا على مال ومعترف له به بصفته مالكا له أو مستحقا له ولأهمية الحضانة يجب أن نعلم أن.

* الحضانة حق مشترك بين الله عز وجل وبين الحاضن والمحضون.

* الحضانة نوع من أنواع الولايات ويقدم فيها النساء على الرجال.

* الحضانة تندرج تحت المصالح الضرورية وخاصة المصالح المتعلقة بحفظ النفس والنسل والدين.

* لاتثبت الحضانة للجنين أو الصبى غير المميز باتفاق الفقهاء لأنه ليس اهلا لتولى الحضانة لأنه فى حاجة إلى من يحضنه ويقوم بشئونه.

* تثبت الحضانة للبالغ كامل العقل مادام مستوفيا للشروط الأخرى.

* يشترط فى الرجل الحاضن ان يكون متحدا فى الدين مع المحضون فلا حضانة للأخ الذمى على أخيه المسلم.

* الأم الكافرة احق بحضانة ولدها المسلم حتى يبلغ مبلغ الفهم وهو سن السابعة أو يتضح أن فى بقائه معها خطرا على دينه ، ففى هاتين الحالتين يسقط حقها فى الحضانة.

* لايستحق المرتد الحضانة لأنه مستحق للقتل فلا يجوز أن نتركه حرا طليقا بل لابد من معاقبته وعقابه بالقتل لايمكنه من القيام بمهام الحضانة.

* اصابة الحاضنة بالأمراض المعدية يمنع من استحقاقها للحضانة.

* لاتصح الحضانة للمريض بمرض يعجز عن القيام بمصالح الصغير.

* فقدان الأم الحاضنة لبصرها لايمنع من حضانتها لابنها مادامت قادرة على تربيته والمحافظة عليه وخاصة عند وجود من يساعدها فى حضانة ولدها.

* يشترط فى الحاضنة الا تكون مصابة بالشلل أو لاتستطيع سماع كلام المحضون.

* قدرة الحاضنة أو عدمها متروك لقاضى الموضوع لكونها مسألة تقديرية يستطيع من خلال حكمه أن يحقق مصلحة المحضون أو المحضونة ويمكن أن يستعين برأى الخبراء فى مجال الطب وعلماء الاجتماع.

* يجب ترك تقدير مدى فسق الحاضنة الذى يضيع به الولد والذى لايضيع به إلى قاضى الموضوع يقدره من خلال وقائع وملابسات الدعوى فى كل حالة تعرض عليه.

* يسقط حق الأم فى الحضانة اذا تزوجت بأجنبى عن الصغير.

* يسقط حق الأم فى الحضانة بمجرد العقد عليها دون انتظار الدخول الحقيقى.

* اذا مات زوج الأم الجديد أرى أن تعود لها الحضانةاما اذا طلقت منه فلا تعود لها الحضانة.

* يشترط ان يكون الحاضن ذات رحم محرم للمحضون الذكر.

ثانيا أهم التوصيات

١- يجب علينا الآن أن نعود إلى حضارة الإسلام وهدى دين الله وسيرة سيد الأنام عليه الصلاة والسلام وكذلك سيرة السلف الصالح فى معاملة الاطفال وحسن تربيتهم والوقوف إلى جانبهم «حضانتهم» لأن هذا هو خير هاد وموجه للمسلمين اليوم. كى يعتبروا كل اطفال المسلمين هم اطفال نتحمل جميعا المسئولية نحوهم باعتبارنا أمة واحدة كالجسد الواحد اذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الاعضاء بالسهر والحمى.

٢- يجب على الأبوين القيام بأمور الحضانة كما شرعها الإسلام وتحمل المسئولية الأولى فى تنشئة الابناء ورعايتهم الرعاية الشاملة ماديا ومعنويا ولايقتصر دور الأبوين على مجرد الانجاب بل بمجرد الوضع تبدأ المرحلة الاكبر والاصعب والأطول.

٣- الوليد الصغير الذى جاء إلى دنيا الحياة وهو على فطرته التى خلقه الله بها تظهر مسئولية الوالدين والأسرة والمجتمع في توجيهه ومدى رعايته والاهتمام به ولذلك أوصى بمايلى.

٤- الاهتمام بالأسرة لما لها من دور هام فى حياة الطفل فيجب على وزارات الأوقاف والشئون الاجتماعية والاعلام والثقافة بذل مجهود كبير ومتواصل لرعاية الأسر عامة والفقيرة أو التى يحدث فيها تفكك خاصة لحماية الاطفال من الانحراف لأن رجال الغد ونساء الغد هم أطفال اليوم وكما يكون هؤلاء الاطفال اليوم تكون مجتمعاتنا غدا ، فالطفولة القويمة السليمة هى أساس كل مجتمع قويم سليم.

٥- يجب على العلماء والباحثين فى مجال العلوم الاجتماعية الاهتمام بدراسة التنشئة الاجتماعية للطفل فى الاسرة حيث تقوم العلاقة بين الاباء والابناء وخارجها حيث تتم العلاقة بين الابناء وبقيه افراد المجتمع.

لأن طريقة معاملة الاباء للابناء تقوم بدور مهم فى تشكيل شخصياتهم وتحقيق التوافق النفسى والاجتماعى.

٦- اعداد بطاقة صحية واجتماعية لكل طفل ابتداء من سن الابتدائى حتى تخرجه من الجامعة ، حيث يتم التعامل مع هذه البطاقة معاملة جدية وليست مجرد اداة روتينية.

٧- يجب على الائمة فى المساجد والمرشدين فى الوزارات والمؤسسات المختلفة اظهار خطورة الطلاق على مصير ومستقبل الاولاد.

٨- يجب على وزارة الشئون الاجتماعية رعاية أولاد المطلقة ومنحهم مرتبا شهريا للانفاق منه على دراساتهم وتتولى الوزارة مع بنك ناصر الاجتماعى كيفية تحصيل هذه الاموال من الزوج المطلق . منعا لانحراف الاولاد أو تركهم لدراستهم لعدم وجود من ينفق عليهم.

٩- بالنسبة للاطفال اللقطاء يجب الحاقهم بدور الرعاية الاجتماعية وتتولى وزارة الشئون الاجتماعية الانفاق عليهم حتى نهاية مرحلة التعليم.

١٠- بالنسبة للاسر الفقيرة يجب دعمها ماليا حتى يتمكن اولادها من تكملة مراحل التعليم المختلفة وحتى لايؤدى بهم الفقر إلى سلوك منحرف مع قرناء السوء.

١١- العمل على استيعاب كل الاطفال بجميع المدارس الابتدائية حتى لايكون هناك أمى واحد مع النص على توقيع العقاب على كل ولى أمر يرضى بانقطاع ولده عن الدراسة.

اهم مراجع البحث

بعد القرآن الكريم

أولا: كتب الحديث والتفسير:

١- سبل السلام شرح بلوغ المرام للإمام محمد بن إسماعيل الكحلاني الصنعاني المتوفى سنة ١١٨٢هـ - مكتبة الجمهورية العربية - وطبعة مصطفى الحلبي.

٢- سنن ابي داود: للإمام الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي المتوفى سنة ٢٧٥هـ - دار الجيل - بيروت - لبنان - وطبعة مصطفى البابي الحلبي.

٣- سنن الترمذي المسمى بالجامع الصحيح: للحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة المتوفى سنة ٢٩٧هـ - دار إحياء التراث العربي وطبعة مصطفى الحلبي.

٤- سنن ابن ماجة: للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة المتوفى سنة ٢٧٥هـ.

٥- سنن النسائي: للإمام احمد بن شعيب النسائي المتوفى سنة ٣٠٣هـ، طبعة دار الجيل - بيروت - لبنان.

٦- سنن البيهقي الكبرى لأحمد بن الحسين البيهقي - دار المعرفة - بيروت - لبنان.

٧- صحيح البخاري للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبة البخاري الجعفي مع فتح الباري للحافظ أبي الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة ٨٥٢هـ - طبعة دار الشعب، سنة ١٣٧٨هـ، وطبعة الكليات

الأزهرية.

٨- **صحيح مسلم:** للإمام ابى الحسين مسلم بن الحجاج القشيرى النيسابورى المتوفى سنة ٢٦١هـ ، ومعه **شرح النووى:** للإمام أبى زكريا يحيى بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦هـ - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان. وطبعة عيسى الحلبى.

٩- **المسند:** للإمام أحمد بن حنبل المتوفى سنة ٢٤١هـ - دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان.

١٠- **المصنف:** للحافظ عبد الرزاق بن همام الصنعانى المتوفى سنة ٢١١هـ.

١١- **الموطأ:** للإمام مالك بن أنس الأصبحى المتوفى سنة ١٧٩هـ - دار القلم - بيروت - لبنان.

١٢- **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من كلام سيد الأخيار:** للإمام محمد بن على الشوكانى - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى.

١٣- **نصب الراية لأحاديث الهداية:** للإمام الحافظ البارع العلامة جمال الدين ابى محمد عبد الله بن يوسف الحنفى الزيلعى المتوفى سنة ٧٦٢هـ - الطبعة الأولى سنة ١٣٥٧هـ.

١٤- **تفسير الرازى:** للفخر الرازى، طبعة بيروت

١٥- **تفسير النسفى:** للإمام ابى البركات عبد الله بن احمد بن محمود النسفى ، طبعة عيسى الحلبى.

١٦- **تفسير القرطبى:** لابى عبد الله محمد بن احمد الانصار القرطبى - طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب.

كتب الفقه :

الفقه الحنفي :

١- **الاختيار لتعليل المختار للموصلي**: تحقيق الاستاذ/ محمد محيي الدين عبد الحميد، طبعة الأزهر سنة ١٩٨١م

٢- **الهداية شرح بداية المبتدي**: للشيخ برهان الدين أبي الحسن علي بن عبد الجليل أبي بكر المرغيناني الرشداني المتوفى سنة ٥٩٣هـ ، مطبوع مع **شرح فتح القدير** - دا راحياء التراث العربي - بيروت - لبنان .

٣- **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**: للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي المتوفى سنة ٥٨٧هـ - طبعة دار الفكر للطباعة والنشر وطبعة دار الحديث.

٤- **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**: للعلامة عثمان بن علي الزيلعي، طبعة بولاق سنة ١٣١٥هـ.

٥- **حاشية الطحاوي على الدر المختار**: لخاتمة المحققين محمد أمين الشهير بأبن عابدين المتوفى سنة ٥٢٥هـ ، طبعة الحلبي.

٦- **شرح فتح القدير**: للشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد ابن مسعود المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفى سنة ٦٨١هـ - دار احياء التراث العربي - بيروت - لبنان.

٧- **مجمع الانهر شرح ملتقى الابحر**: للفقيه محمد بن سليمان المعروف بداماد ، مطبعة دار احياء التراق العربي - بيروت - لبنان.

٨- **رد المحتار على الدر المختار**: لابن عابدين، طبعة مصطفى البابي الحلبي سنة ١٩٨٤م.

الفقه المالكى :

١- **الشرح الصغير**، للإمام الدردير، طبعة الأزهر.

٢- **الشرح الكبير**، لأبى البركات سيدى احمد الدردير، مطبوع على هامش حاشية الدسوقى عليه.

٣- **التاج والإكليل لمختصر خليل**، لأبى عبد الله محمد بن يوسف المواق المتوفى سنة ٨٩٧هـ - مطبوع مع مواهب الجليل للحطاب.

٤- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، للإمام القاضى أبى الوليد محمد بن احمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبى الشهير بابن رشد الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥هـ ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده بمصر.

٥- **بلغة السالك لأقرب المسالك**، للعالم العلامة الشيخ احمد الصاوى، طبعة عيسى البابى الحلبى.

٦- **حاشية الدسوقى على الشرح الكبير**، للعلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقى وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات للشيخ محمد عليش، طبعة دار احياء الكتب العلمية - عيسى البابى الحلبى وشركاه.

٧- **شرح الزرقانى على مختصر خليل**، للإمام العارف الصمدانى الجامع بين علم الاصول والمعانى ، سيدى عبد الباقى الزرقانى، طبعة دار الفكر.

٨- **كفاية الطالب الربانى على الرسالة**، للعلامة أبى الحسن، طبعة - مكتبة القاهرة.

٩- **منح الجليل على مختصر خليل**، للشيخ عيسى، طبعة طرابلس - ليبيا.

١٠- **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل:** تأليف أبى عبد الله محمد بن عبد الرحمن الطرابلسى المغربى المعروف بالحطاب المتوفى سنة ٩٥٤هـ ، دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - وطبعة مكتبة النجا.

الفقه الشافعي:

١- **اسنى المطالب ، شرح روض الطالب:** للإمام يحيى زكريا الانصارى المتوفى سنة ٨٢٦هـ ، نشر المكتبة الإسلامية.

٢- **البجيرمى:** للخطيب الشربينى، سنة ١٩٥١م ، طبعة مصطفى الحلبى.

٣- **الاقناع فى حل الفاظ ابى شجاع:** للخطيب الشربينى، طبعة المعاهد الازهرية، سنة ١٩٧٩م.

٤- **المهذب فى فقه الإمام الشافعى:** تأليف أبى اسحاق ابراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادى الشيرازى المتوفى سنة ٤٧٦هـ - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى وأولاده.

٥- **المجموع شرح المذهب:** للإمام أبى زكريا يحيى بن شرف النووى المتوفى سنة ٦٧٦هـ - مكتبة الارشاد - جدة - المملكة العربية السعودية.

٦- **تحفة المحتاج شرح المهناج:** لابن حجر الهيتمى ، طبعة دار صادر - بيروت - لبنان.

٧- **حاشية الشيخ ابراهيم الباجورى على شرح ابن القاسم الغزالى:** مطبعة شركة دار الكتب سنة ١٣١٣هـ.

٨- **شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووى وحاشيتا قليوبى وعميرة عليه:** دار الفكر للطباعة والنشر.

٩- **مغنى المحتاج إلى معرفة معانى الفاظ المنهاج:** تأليف الشيخ محمد بن محمد الخطيب الشربينى - مطبعة مصطفى البابى الحلبى.

١٠- **كفاية الاخيار:** لمحمد الحسينى - طبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٩٣٧.

١١- **نهاية المحتاج:** للإمام الرملى طبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٩٦٧م.

الفقه الحنبلى :

١- **الروض المربع بشرح زاد المستنقع:** للعلامة الشيخ منصور بن يونس البهوتى المتوفى سنة ١٠٥١هـ ، الناشر دار الكتاب العربى - بيروت ، مكتبة الرياض الحديثة ، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٢- **المقنـــــــع:** للمقدسى بن قدامة المتوفى سنة ٦٦٠هـ ، المطبعة السلفية.

٣- **المغنى على مختصر الخرقى:** تأليف أبى محمد عبد الله بن احمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٢٠هـ.

٤- **الانصاف فى معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام احمد بن حنبل:** تأليف الامام علاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرادى - طبعة دار احياء التراث العربى - بيرت - لبنان.

٥- **شرح منتهى الارادات:** للشيخ منصور بن يونس البهوتى المتوفى سنة ١٠٥١هـ - دار الفكر.

٦- **كشاف القناع على متن الاقناع:** لشيخ الإسلام منصور بن ادريس الحنبلى المتوفى سنة ١٠٥١هـ ، الطبعة الأولى - بالمطبعة الشرفية سنة ١٣٢٠هـ.

الفقه الظاهرى :

١- **المحلى بالآثار:** للإمام أبى محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسى، تحقيق د. عبد الغفار سليمان البندارى.

الفقه الزيدى :

١- **البحر الزخار:** للعلامة ابن المرتضى - دار الحكمة، سنة ١٩٤٧م.

الفقه الشيعى :

١- **شرح كتاب النيل وشفاء العليل:** تأليف الامام العلامة محمد بن يوسف أطفيش، طبعة مكتبة الارشاد - طبعة البارونى وشركاه.

كتب اللغة :

١- **التعريفات:** للجرجانى طبعة الحلبى سنة ١٩٧٨.

٢- **القاموس المحيط:** للفيروز آبادى، المطبعة اليمينية بمصر سنة ١٣٣٠هـ ، ومطبعة الحلبى.

٣- **المصباح المنير:** للعلامة احمد بن محمد بن على الفيومى المغربى، مكتبة لبنان ، وطبعة المكتبة العلمية.

٤- **تاج العروس:** لمرتضى الزبيدى الحسن ، المتوفى سنة ١٢٠٥هـ ، الطبعة الأولى.

٥- **لسان العرب:** لأبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقى المصرى - دار احياء التراث العربى ، مؤسسة التاريخ العربى - بيروت - لنان - وطبعة دار المعارف.

٦- **مختار الصحاح:** للشيخ محمد بن أبى بكر عبد القادر الرازى ، مكتبة لبنان ، والمطبعة الاميرية طبعة سنة ١٩٠٤م.

كتب الفقه المقارن والاحكام والسياسة الشرعية والاحوال الشخصية:

١- **احكام القرآن الكريم،** للإمام ابن العربى المالكى ، طبعة عيسى الحلبى.

٢- **احكام القرآن،** للإمام الجصاص الحنفى طبعة بيروت.

٣- **احكام المرأة فى التشريع الجنائى الإسلامى،** أ.د. حسنى الجندى، الطبعة الثانية سنة ١٤١٣هـ - ١٩٩٣ ، الناشر دار النهضة العربية.

٤- **احكام الاسرة فى الإسلام،** أ.د. احمد فراج حسين طبعة مؤسسة الثقافة - الاسكندرية، سنة ١٩٨٥م.

٥- **احكام الاسرة فى الفقه الإسلامى،** أ.د. محمد محمد فرحات.

٦- **القوانين الفقهية،** لابن جزى ، طبعة مكتبة القاهرة.

٧- **احكام المعاملات الشرعية،** للاستاذ الكبير على الخفيف، طبعة دار الفكر العربى، الطبعة الثالثة.

٨- **احكام جرائم العرض فى الفقه الإسلامى،** أ.د. محمد فهمى السرجانى الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م ، دار الاتحاد العربى.

٩- **احكام السرقة فى التشريع الإسلامى،** بحث مقارن أ.د. محمد فهمى عدلى السرجانى الناشر المكتبة التوفيقية.

١٠- **الاحكام السلطانية،** لقاضى القضاة أبى الحسين على بن محمد بن حبيب البصرى البغدادى الماوردى المتوفى سنة ٤٥٠هـ ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى.

١١- **المدخل للفقه الإسلامى،** أ.د. حسن على الشاذلى ، دار الاتحاد العربى للطباعة.

١٢- **النظام القانونى للاسرة فى التشريع الإسلامى،** أ.د. محمد على محجوب.

مطابع الأوفست ، بشركة الاعلانات الشرقية.

١٣- **الولاية على المال:** مستشار عمرو عيسى الفقهى المكتب الفنى للموسوعات القانونية طبعة سنة ١٩٨٨م.

١٤- **الحضانة فى الشرع والقانون:** للمستشار احمد نصر الجندى، طبعة دار الكتب القانونية سنة ١٩٩٣م.

١٥- **الحق والذمة:** للشيخ على الخفيف.

١٦- **الطفولة وحقوقها فى الشريعة الإسلامية:** دكتورة/ خديجة احمد أبو اتلة ، الناشر - مكتبة الملك فيصل الإسلامية.

١٧- **النظريات الفقهية:** أ.د. احمد طه عطية أبو الحاج الطبعة الأولى سنة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

١٨- **المدخل فى التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود:** أ. محمد مصطفى شلبى، طبعة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ، دار النهضة العربية.

١٩- **الموافقات فى أصول الشريعة:** لابى اسحاق الشاطبى، المطبعة السفلية.

٢٠- **الولايات واحكام القضاء فى الإسلام:** أ.د. على البدرى احمد الشرقاوى، دار النهضة العربية.

٢١- **الولاية على النفس:** للإمام محمد ابو زهرة - دار الفكر العربى.

٢٢- **القصاص فى النفس فى الفقه الإسلامي:** دراسة مقارنة: أ.د. على حسين كرار - طبعة سنة ١٤٠٤هـ - ١٩٨١.

٢٣- **الفقه الإسلامي - الحدود والقصاص والتعزيرات:** لجنة من أساتذة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة..

٢٤- الحرابة - دراسة فقهية مقارنة-د. مصطفى عامر حسين، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧.

٢٥- التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي،عبد القادر عودة. الطبعة الثانية، سنة ١٣٧٨هـ - ١٩٥٩م.

٢٦- التشريع الإسلامي والقانون الوضعي،د. شوكت محمد عليان - الطبعة الأولى سنة ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م دار السواف للنشر والتوزيع.

٢٧- الوسيط في تشريعات الأحوال الشخصية،الكتاب الثاني للاستاذ خالد شهاب سنة ١٩٩٢م.

٢٨- الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام،أ.د. محمد سلام مدكور ، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٥.

٢٩- الإسلام وحقوق الانسان،للاستاذ القطب محمد القطب طبليه.

٣٠- تاريخ الفقه الإسلامي في عهد النبوة والصحابة والتابعين،أ.د. محمد انيس عبادة، الطبعة سنة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.

٣١- دور الأسرة في تربية الابناء،د، على سليمان ، كتيب صغير ضمن سلسلة سفير التربوية.

٣٢- حقوق الاسرة في الفقه الإسلامي،أ.د. يوسف قاسم - طبع دار النهضة العربية سنة ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م.

٣٣- حق النفقة الزوجية دراسة مقارنة،أ.د. على احمد مرعى، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٣.

٣٤- عقوبة الجناية على النفس في الشريعة الاسلامية،أ.د. كمال جودة ابو المعاطى، طبعة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م.

٣٥- **موسوعة الفقه والقضاء فى الاحوال الشخصية:** مستشار محمد عزمى ، طبعة ١٩٥٥م.

٣٦- **مبادئ القضاء فى الاحوال الشخصية:** للمستشار احمد نصر الجندى، مكتبة رجال القضاء - الطبعة الثالثة سنة ١٩٨٦م.

٣٧- **مسكن الزوجية:** رسالة ماجستير ، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة للباحث: محمد محمود حسين.

٣٩- **نظرات فى نظام الاسرة الإسلامية «الزواج»:** أ.د. محمد الشحات الجندى.

كتب أصول الفقه:

١- **اصول الفقه الإسلامى:** أ.د. احمد محمود الشافعى، طبعة ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، الكتب العربى للطباعة.

٢- **الاحكام للآمدى:** مؤسسة الحلبى وشركاه.

٣- **الحكم الشرعى التكليفى:** أ.د. صلاح زيدان ، طبع دار الصحوة الطبعة الأولى، ١٣٩٩هـ - ١٩٨٧م.

٤- **الموافقات فى اصول الاحكام:** لأبى أسحاق ابراهيم بن موسى اللخمى الغرناطى المعروف بالشاطبى المتوفى ٧٩٠هـ ، الناشر مكتبة محمد على صبيح ، طبعة المدنى.

٥- **تيسير التحرير:** مطبعة مصطفى البابى الحلبى - مصر.

٦- **غاية الوصول إلى دقائق علم الاصول الكتاب الاول:** أ.د. جلال الدين عبد الرحمن ، الطبعة الأولى: ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩.

٧- **مسلم الثبوت:** لمحب الله بن عبد الشكور بأسفل المستصفى للغزالى طبعة دار الكتب العلمية - بيروت سنة ١٤٠٣هـ - مصورة عن طبعة الاميرية سنة ١٣٢٤هـ.

المجلات والدوريات :

١- **دور الاجهزة الشعبية والتنفيذية والسياسية فى مكافحة جرائم الارهاب والتطرف الدينى**: وزارة الداخلية - معهد تدريب ضباط الشرطة الدورة «٦٨».

٢- **مجلة منبر الإسلام**: السنة «٥٧» جمادى الآخر ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

٣- **مجلة الوعى الإسلامى الكويتية**: العدد ٣٨٨ ذو الحجة سنة ١٤١٨هـ - ابريل سنة ١٩٩٨م.

الكتب القانونية :

١- **اصول الحق**: أ.د. مختار القاضى، طبعة ١٩٦٧م.

٢- **الوسيط فى شرح القانون المدنى**: أ.د. عبد الرازق السنهورى، طبعة ١٩٦٤م.

٣- **المدخل لدراسة القانون الكتاب الثانى مقدمة القانون المدنى**: أ.د. احمد سلامة، طبعة ١٩٦٣م.

٤- **المدخل إلى علم القانون الكتاب الثانى نظرية الحق**: د. على سيد حسن ، دا النهضة العربية.

٥- **المدخل إلى القانون**: أ.د. حسن كيرة، طبعة سنة ١٩٧٤م.

٦- **المدخل للعلوم القانونية القسم الثانى نظرية الحق**: أ.د. توفيق حسن فرج، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨١م.

٧- **المدخل للعلوم القانونية**: أ.د. توفيق حسن فرج، نظرية الحق ، الطبعة الثانية سنة ١٩٨١.

٨- **فكرة الحق**: أ.د. حمدى عبد الرحمن، طبعة سنة ١٩٧٩م.

٩- **مبادئ القانون:** أ.د. عبد المنعم البدراوى، طبعة سنة ١٩٧٠.

١٠- **محاضرات فى النظرية العامة للحق:** أ.د. اسماعيل غانم - الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨م.

١١- **مصادر الالتزام:** أ.د. عبد المنعم فرج الصدة، طبعة سنة ١٩٦٩م.

١٢- **محاضرات فى نظرية الحق:** أ.د. لاشين الغاياتى، طبعة سنة ١٩٧٩م.

١٣- **نظرية الحق:** أ.د. حسن عباس، سنة ١٩٥٧م.

فهرس الموضوعات

رقم الإيداع بدار الكتب
٩١٦٢/ ٩٩
ترقيم دولي I.S.B.N
977-10-1190-1

تم الطبع
بمطابع المجموعة المتحدة للطباعة
ت: ٣١٦٠٧٣١